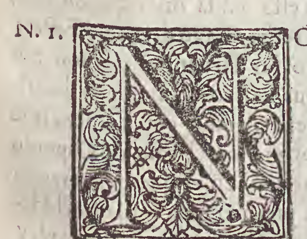
SEÑOR.

N. 1. O CANSARà A V.S. MI respecto con la prolixa relacion del Hecho de este pleyto, cuyos puntos corren de conformidad de las Partes en el processo, de que serà mas fiel testigo el Relator, y solo se tocaràn algunos, que parecen precisos para la aplicacion de las doctrinas, que por mas claridad dividirè en cinco partes.

POR
DON DIEGO JVAN DE LVGO
ARRIETA Y ARCAYA,
VEINTE Y QVATRO DE ESTA CIVDAD,
Y DOñA JVANA JOSEPHA DE ARANDA Y CASTILLO,
SV LEGITIMA MVGER,

EN EL PLEYTO
DE EL VINCVLO, QVE FVNDO
D. PEDRO DEL CASTILLO,
BENEFICIADO, Y VICARIO DE LA
VILLA DE CONSTANTINA,

CON
D. CHRISTOVAL DE ARANA,
POR DOñA ANA MARIA DEL CASTILLO
Y VILLAR, SV MVGER,
Y DON SANCHO CATAñO Y TORRES,
POR SI, Y COMO HIJO, QVE SE DIZE
DE OTRO DEL MISMO NOMBRE.
CONCLVSO EN DIFINITIVA PARA VERSE EN
LA REAL AVDIENCIA DE ESTA CIVDAD,

SOBRE
EL DERECHO, Y POSSESSION DE
DICHO VINCVLO.

SEÑOR.

N. 1. NO CANSARà A V.S. MI respecto con la prolixa relacion del Hecho de este pleyto, cuyos puntos corren de conformidad de las Partes en el processo, de que serà mas fiel testigo el Relator, y solo se tocaràn algunos, que parecen precisos para la aplicacion de las doctrinas, que por mas claridad dividirè en cinco partes.

2. Serà la primera este anteacto, que despues de la noticia de la obra, contendrà el fundamento, conque intenta D. Sancho Cataño aver succedido en este Vinculo por muerte de Don Pedro del Castillo Cataño, primero, y vltimo posseedor, que fue de èl (cuya vacante se està litigando) y hermano, que fue, de otro Don Sancho del Castillo Cataño, à quien dà nombre de su Padre, el que litiga, sin aver contraìdo matrimonio con Doña Juana de Torres, de quien nació.

3. Dirà la segunda, que la legitimidad es qualidad, que viene à los hijos del matrimonio.

4. Proseguirà la tercera este punto, manifestando, que no como quiera proviene esta legitimidad del matrimonio, como contrato, sino elevado por Christo Señor nuestro à Sacramento.

5. La quarta, seràn diversas reflexiones sobre lo expressado contra el dicho Don Sancho, y otras implicaciones, de las sutilezas, de que se ha intentado valer, concluyendo en favor de los legitimos.

6. Y la quinta, y vltima fundarà con la mayor brevedad, que la representacion â Don Pedro del Castillo, su Padre, de que pretende valerse la dicha Doña Ana Maria del Castillo, para aver succedido en este Vinculo, no puede aprovecharle contra la clara justicia de la dicha Doña Juana Josepha, su prima.

PARTE PRIMERA.

INTRODUCCION A LA OBRA.

7. TODA LA ESPERANZA DE D. SANCHO, y de ſu Abogado eſtà en la diſceptacion 266. de Julio Caponio, cuya eſpecie refiere baxo del titulo *Factum, & ius. num.* 1. *&* 2. *fol.* 200. pero ſus circunſtancias ſon tan diſtintas de las de eſte pleyto, que varìan de modo las doctrinas, que ninguna hallo le favorezca, como con evidencia ſe reconoce de ſu miſma ſerie; porque en el caſo de Caponio huvo poder del Conde de Palmerico, en el que exonerando ſu conſciencia aſſegurò baxo de juramento la verdad del Hecho (que ademàs ſe juſtificò con teſtigos) dando facultad, y conſentimiento à el Apoderado, para contraer matrimonio por palabras de preſente con Doña Iſabel de Bernaudo; luego que ſe removieſſe el obſtaculo del matrimonio, que de hecho, y con violencia de gente armada ſe ſubſiguiò entre la dicha Doña Iſabel, y el de Nuzzi, ſin conſentimiento de eſtos; efugio, que con animo diabolico, y en fraude de ſu obligacion, y palabra avia diſcurrido el Conde, para no cumplir la que avia dado à Doña Iſabel, y en cuya confianza ſe avia concebido, y nacido Don Joſeph Nicolàs, y aſsi reconociendo el Conde ſu obligacion, y coadyubando en quanto le fue poſsible en aquel eſtado à remover el impedimento, diò tambien el referido poder para ſeguir el pleyto de nulidad del aſſerto matrimonio, y permaneciò en eſte conſentimiento haſta que muriò, ſin que en ſu vida huvieſſe podido tener efecto el contraer de preſente con Doña Iſabel, por no averſe determinado la nulidad, que era preciſo precedieſſe para ello, como articulo previo, en orden: â ſi refiere eſte Autor tan irregular ſucceſſo.

8. Luego fue conſiguiente, que muerto el Conde, la Madre, como Tutora del hijo pupilo, pidieſſe la herencia de el Padre, en que obtuvo ſentencia, por lo reſpectivo â los bienes libres; pero no en quanto â los feudales, que ſe le reſervò el Derecho, para que los pidieſſe en la Camara Regia; y el determinar ſobre la dote, y arras.

9. Es diſtinta, y conſtante de otras diverſas circunſtancias la hypoteſi de nueſtro pleyto: pretende Don Sancho el

Vin-

Vinculo, que fundò vn transversal, llamando à los legitimos, no la herencia, y bienes libres del que llama Padre, que està nunca la obtuvo; ni que con el titulo de hijo le tratasse alguna vez. Naciò de Doña Juana de Torres, que siguiò pleyto de disfame en el Juzgado del Provisor de esta Ciudad contra el asserto Padre; y aunque passò por executoriales, el que se le apremiasse, à que cassasse con la susodicha: èl siempre lo resistiò, defendiendo, en quanto estuvo de su parte, la ninguna obligacion, que le reconocia, sin consentir, ni prestar consentimiento, para que se pudiesse efectuar, ni huviesse efectuado en algun tiempo el matrimonio: este en todos fuè possible antes, y despues del pleyto, y mientras durò, sin mas embarazo, ni impedimento, que la noluntad del que avia de ser marido, que manifestò no aver dado fè, promessa, ni esperanza de matrimonio à la Madre de la Parte contraria, que viviò suficiente tiempo, para q̃ se pudiesse efectuar; y hasta por clausula especial de su testamento declara el supuesto Padre en el articulo de su muerte, no aver dado, ni pedidosele palabra de matrimonio; no se justificò con especie alguna de prueba, ni publica, ni secreta, siendo assi, que quando por la copula passaban los esponsales à matrimonio, debia constar de ellos valida, y firmemente; era Clerigo el que pretendian se cassasse; y aunque por de menores Ordenes, no dize impedimento, supone disposicion para estado incompatible con el matrimonio, por ser parte de la herencia del señor; luego en nada se parifican, ni parecen los casos; y si en nuestro derecho *parva mutatione facti mutatur totum ius*, què mucho, que siendo totalmente de distinta fortuna los sucessos; no correspondan las decisiones?

10. Fundase bastantemente este modo de discurrir en el de responder el mismo Caponio à vna decision de Thesauro, que le oponian sus contrarios, y refiere de este modo al *cap. 3. num.* 18. in Iuris responso pro D. Iosepho Nicolao, ibi: *Ait* (dize hablando de Thesauro *lib.* 1. *quæst.* 97.) *fuisse per suum Senatum, per mulierem quandam defloratam sub promissione nuptiarum petitum filiam, vti legitimam ad successionem Patris, fuitque decisum malè dicere fœminam illam, & fuit hæres condemnatus ad alimenta.* Y prosigue: *Miror, quid faciat hoc ad propositum!* ibi: *Mulier illa prius ab alio fuit cognita sub spe matrimonij; erat fœmina aliâs deflorata; quid ad nos? Miror D. Isabellam tali comparatam mulieri.*

11. Luego con mayor razon debemos admirar, que no viniendo en alguna parte la especie de nuestro pleyto con la de Caponio, se le quieran adaptar sus doctrinas, y regularle por ellas, siendo asi, que por la diferencia, que este Autor halla entre la suya, y la decision de Thesauro (que bien atendida es mas conforme à el caso de este pleyto, y aun tiene demàs la promessa de casarse, que faltò en èl) haze tan estraña, y repetida admiracion, de que los contrarios le arguyessen con aquel simil.

12. Diràn contra lo proximamente referido, que no es asi, que el caso de Thesauro tenga demàs la promessa de matrimonio, sino de menos, segun la solucion de Caponio, el aver sido aquella litigante *mulier priùs ab alio cognita*, lo que no sucediò en el de nuestro pleyto; pero se satisface esta instancia, conque esta fue divinacion de Caponio, para evadir la fuerza del argumento contra la verdad del Hecho, que supone el mismo Thesauro, ibi: *Defloratam sub promissione nuptiarum.* y si fuera lo que quiere Caponio, no vsàra de aquel termino, sino de *cognitam*, ù otro equivalente: luego quidquid sea contra la doctrina de Caponio, la de Thesauro es contra la pretension de Don Sancho, y està constante de la comparacion de vn caso à otro, si se lee con atencion el de la decision, y el de el pleyto.

13. Pero porque la conclusion, que de todas sus doctrinas deduce Caponio, dando por sentado, que despues de la disposicion Consiliar, los esponsales per sub sequentem copulam, passan à matrimonio pressumpto, y que los hijos son legitimos, y succesibles à los Padres, porque en quanto â esto nada ignovò de el Derecho Comun Canonico el decreto del Santo Concilio, no obstante, de que en nuestro pleyto, como queda dicho, no huvo esponsales, se haze preciso disputar, y fundar lo contrario, para que ni la mas minima esperanza reste â Don Sancho, y su Patrono de hazer probable su justicia con alguna remota conjetura.

14. Me hago cargo, que para probar mi intento contra la conclusion antecedente, como para que el contrario diga mucho por la suya, ay en la disceptacion tanto, que sin mas Autores, que los que cita, ni mas razones, q̃ las que trae, se pudieran hazer por ambas las partes dilatados informes, porque empieza Caponio pro D. Josepho Nicolao vna ale-

ga-

gacion con este titulo: *Iuris responsum* donde dize, prueba, que es legitimo, y natural, y que nació verdaderamente succesible, dividiendola en tres capitulos, cuyos sumarios omito referir, por no prolongarme; en lo que parece superfluo, y averse de leer precisamente la disceptacion, para verdadera inteligencia de este escrito.

15. Sigue otra immediatamente contraria pro Comite Palmerici con este titulo: *Responsum Iuridico-Theologicum*, que divide en siete capitulos appendice, y additamento, en que difusamente manifiesta lo contrario, esto es, que el hijo no engendrado de matrimonio contraido, segun el Santo Concilio, es ilegitimo, lo que prueba con Juris-Consultos, decisiones, Theologos, textos Canonicos, razones, y Constituciones de aquel Reyno, responde â todo lo que se puede oponer en contra; en el appendice, abreviando lo precedente, explica mas succinto la incapacidad de succeder, y acaba con el additamento los absonos, que resultarian de lo contrario, y para ello dize, omite las declaraciones, que ay en terminos de la Sagrada Congregacion de Cardenales sobre el Concilio, porque no dexan lugar à la disputa.

16. Y no obstante de todo prosigue otra alegacion pro D. Isabella de Bernaudo, & D. Iosepho Nicolao de Mattheis con este titulo: *Factum, & ius.* donde sin esforzar cosa alguna, solicita satisfacer con las mismas razones, que en la primera, à las nulidades, que se propusieron contra la sentencia, que declarò la succesion referida à favor del Don Joseph Nicolàs, y contra el nuevo Conde de Palmerico Don Pablo Bonaventura de Mattheis.

17. Esto supuesto para claridad; se solicitarà, huyendo la molestia, que se podria causar en la repeticion de las mismas doctrinas; para manifestar la exclusion de D. Sancho; tocar solamente aquellas, que con mas eficacia, ò con novedad puedan persuadir la justicia de los legitimos llamados à este Vinculo, ya por lo que las leyes del Reyno, y practica de los Tribunales Superiores puedan ayudar â nuestro intento, ya por lo que las circunstancias de nuestro caso puedan influir à variar en especie las del otro, como se ha visto, ò ya finalmente, porque las inteligencias de nuestro Derecho no se limitaron à los primeros Escritores, pues es proprio del *quotidie in melius produci*, y *Deo adiutore*, puede vno persuadir la justicia,

cia, que no alcanzaron los otros, *pues neque ex multitudine Authorum, &c. cùm posit vnius forsan, & deterioris sententia, &c.*

QVESTION INCIDENTE.

18. PREGVNTO A EL QVE LEYERE ESTA disceptacion en las tres partes, que quedan referidas de Autor de tanta classe, y estimacion en nuestra facultad, y hallàre problematica la duda, ya en favor de la legitimidad, ya en contra de ella, â què parte inclinarà su dictamen, y por qual de las opiniones darà su sentencia? Parece, que oygo la respuesta, que deberà determinar â favor de el ilegitimo, teniendolo, y declarandolo por legitimo (permitamos por aora, para que pueda proseguirse la disputa, la implicacion de los terminos, cuya repugnancia *est affirmatio, & negatio vnius de eodem.*)

19. Moveor ex hoc; porque podrà dezir, que siendo la primera parte en favor del hijo nacido de copula, â que ni antecediò, ni se siguiò matrimonio; y teniendo en ella la prole por legitima, sin embargo, de q̃ en la segunda se dize, y solicita persuadir lo contrario, como se ha visto, repitiendo en la tercera la misma conclusion en favor del hijo concebido, y nacido fuera de matrimonio: esta parece debe prevalecer, pues el discurso colocado en medio manifiesta le puso solo el Autor, para dàr â entender, que aunque por aquella opinion huvo tantos fundamentos, no obstante, de ellos se debia estàr à la primera, en que despues insiste, sin atender â los que median, pues todos quedaron convencidos, assi de la sentencia referida en favor del hijo, que no naciò de matrimonio, ni se subsigiò, como de las razones, que acumula en la vltima parte.

20. Yo no dudo, que este modo de pensar persuade vna probabilidad extrinseca lato modo, para el que no profundizando el Derecho, y quedandose en la corteza, ò superficie leyere de passo largo la disceptacion, dexando de premeditar, y passar vno à vno los fundamentos de vna, y otra, fiado solo en el concepto, que se tiene de este Autor, y en su confianza, passando â conformarse con su juyzio; pues este mismo discurso lo he visto hazer â distintos Legistas, y â otros, preguntar, por qual de las opiniones està el Autor, porque

que siendo tan fuertes, è indisolubles los argumentos, y razones de la que media, sin embargo està por la contraria.

21. Pero siendo mi animo persuadir la verdad, y desengañar â el que huviere hecho este juyzio, y principalmente imponer con vna pura relacion en la justicia, que solicito informar; *rogo Dominos meos Iudices legere, & perlegere, vt ipsi solent, &c.* palabras, que vsò el mismo Caponio en la 1. *part. vers. 26.* que empieza *Sed.* que en ello vinculo el logro de mi desseo, pues examinadas por este orden las doctrinas, se hallarà, que la opinion, que media, no solo tiene mas probabilidad extrinseca por la autoridad de la Sagrada Congregacion de el Concilio, que assi lo tiene declarado, como lo confiessa el mismo Autor, *part. 3. in principio*, y mas numero de Autores, que la siguen, y de mayor classe, que escrivieron doctrinas generales, y cosas juzgadas; que deben prevalecer à los que escrivieron alegaciones: sino tambien la intrinseca, como lo assegura, y se manifestarà en la mayor razon de sus fundamentos, y se vè necessitado à confessarlo assi el mismo Caponio *part. 3. num.* 11. ibi: *Nec obstant DD. in contrarium allegati per partem adversam: nam respondetur primò, quia supradicta opinio est verior, communior, & secundùm eam pluries fuit iudicatum, vt fundant supradicti DD. & alii ab ipsis allegati, &c.*

22. Ni contra lo referido puede obstar, que prosiguiendo en dicho numero, este Autor intenta persuadir, haze tercera opinion media, para que divide en distintos casos, ò especies la conclusion; porque suponiendo, que ninguno de ellos dize con el pleyto (bastante satisfaccion para el contrario) tampoco constituyen la opinion media, que ofrece, como se vè del lugar citado, y se reconocerà despues: sus assertos para llevar adelante su tema son tan irregulares, como estraños (que este es el riesgo, que tienen los Autores, que escriven alegaciones, y por esto no es tan segura su opinion, como queda tocado) en el cap. 1. dize, prueba puede aver matrimonio legitimo, y que los hijos no lo sean, y à el contrario, que pueden darle hijos legitimos de matrimonio, que no tenga esta calidad; que oy en la Iglesia Catolica se puede dàr matrimonio, que no sea Sacramento, y que la prole sea legitima; y reconocidas las pruebas, de que se vale, ninguna persuade lo que supone; y porque serìa prolongar este Informe individuarlas todas para impugnarlas, bastarà para comprehen-

hension de su sophisma tocar algunas en el lugar, que le corresponda, quando la rueda del tiempo nos buelva esta consideracion; de que passo à la Segunda Parte, previniendo à el lector con la maxima del Ilustrissimo Caramuel, en especie semejante: *Si subscribis, lege, & confirmaberis in sensu vero: Si dissentis, perlege; & ad veram sententiam reduceris.*

PARTE SEGVNDA.

LA LEGITIMIDAD ES QVALIDAD, QVE VIENE A los hijos de el matrimonio.

23. PARA ELVCIDACION DE ESTA CONCLVSION SE TOCARÀN de passo algunos principios, sin molestar con citas por ser notorios: es el bien del matrimonio la prole, *bonum prolis*; su intento la propagacion, y conservacion de esta maquina del vniverso; es la procreacion de los hijos precisa para este fin, ninguno tuvo culpa en su nacimiento, pues ni estuvo en su arbitrio escoger Padres, ni ser engendrado de este, ò del otro modo; la culpa fue de los Padres, que debiendo observar la ley para lo licito del connubio fueron transgressores de ella, procediendo contra lo vedado; aun por esto pudiera tenerse por sinrazon grande excluir à el ilegitimo de la herencia de sus Padres, pues ninguno parecia tener tanto derecho à ella, como este; porque si los Padres juntos, segun la ley, cuydan de la crianza de sus hijos, educandolos, manteniendolos, y señalandoles peculios, conque busquen por sì esta misma conservacion, y propagacion, los que nacieron de concubito vago (esto es los notos, y espurios) à quienes por la mayor parte dexaron sus Padres, expusieron sus Madres, y olvidaron todos sus parientes, no parecia conveniente, que justificando la filiacion, no les diesse la ley en tanto desamparo (aunque no por premio de su inculpabilidad, por pena à sus Padres) su herencia, como preciso subsidio para su educacion, y que el que sin culpa suya naciò espurio, siendo individuo de la naturaleza, sea vno de los que la compongan, substituyendo al Padre en sus honras, y haziendas, lo que parecia mas conforme à la razon natural.

24. Son las leyes vnas providencias generales, precisas para el govierno, y buen orden de todas las cosas; tienen vnos

res-

respectos, y atenciones sus conditores, que no es facil comprehenderlos todos, muchas, que parece les falta la razon, la tuvieron gravissima en sus preceptos, estas generalmente contienen premio, y castigo; aquel para excitar à lo bueno, y este para destruir con el terror, y el escarmiento lo malo, primero atienden â el todo, que à la parte, la razon particular dicta las de la instancia referida en favor del espurio; pero la superior comprehension del Legislador, en quien prevaleciò la atencion à el todo, previendo lo que influìa à la destruccion el concubito vago, levantò su imperio contra èl, y en favor del matrimonio, castigando à los Padres de aquel, hasta en los hijos, y premiando â los de este para imbitar à todos â el matrimonio, y desviarlos de todo ilicito comercio, para que huygan las culpas de estrupos, adulterios, y demàs, que se executan en fraude de la ley, y en perjuyzio de la sociedad humana. *L. Cuidam. C. de naturalibus liberis, &c.* ibi: *Filiis enim naturalibus relinqui constitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt: quia vitium Paternum refrenandum esse existimarunt, &c.*

25. Era el connubio contrato, que se perficionaba con el consentimiento, todo el pendia de la vnion de las voluntades de los mismos contrayentes; pero necessitandose de prueba para titulo del derecho reciproco de cada vno de las Partes, y del que resultaba â la causa publica, como interessada en su conservacion, en todos los tiempos, y en todas las Naciones se diò forma, como constasse de este contrato, que tuvo leyes para su govierno, aun antes, que las huviesse escritas, ya atendiendo â su perpetuidad, y que no se dissolviesse sin justa causa, ya à la pompa, y fausto, conque se avia de celebrar, para què fuesse publico, ya entre què personas se avia de permitir, y entre quales no, aunque no en todas las Naciones con vnos mismos ritos, porque, como dize el Cardenal Paleoto, lo que en vnas era licito, en otras no se permitia, y al contrario, siendo el intento de todas la conservacion de esta vnion, de la que avia de resultar, como và dicho, la del vniverso, y el fin principal la propagacion.

26. De aqui es, que en todos tiempos, como contra otros tiene el mismo Paleoto, se distinguieron los hijos justos de los injustos, aquellos favorecidos del Derecho, por aver nacido segun sus reglas, con honras, haziendas, y herencias, &c. y estos â el contrario, castigados, como và referido, para

imbi-

imbitar â todos â la celebracion del connubio por este orden, como que avia de ser titulo para probar la filiacion, y tambien que, ò para mayor solemnidad, y publicidad de el matrimonio, como quieren vnos, ò porque su aparato, y circunstancias no se podia disponer en tan breve tiempo, como dizen otros, se introduxeron como anteacto los tratados de futuro connubio, que asimismo se perficionaba con el consentimiento de los contrayentes, y estabà sujeto para su govierno à las mismas reglas del matrimonio, sin que se distinguiesse mas, que ser el vno de futuro, y el otro de presente, cuya distincion, aunque provenia del animo, y palabras de los contrayentes, tenia en Derecho vna diferencia muy grande, porque el connubio, nupcias, ò bodas se llamaban matrimonio, el marido, y la muger los contrayentes *vir, & vxor*, y el anteacto esponsales, ò espondajas, segun nuestro Castellano antiguo, y los que le executaban esposos, *sponsus, & sponsa*, que con estos nombres son tratados en el Evangelio de las Virgenes.

27. Asi como los ritos del matrimonio fueron distintos entre diversas Naciones, como llevamos sentado, asi fueron varios en distintos tiempos, y huvo en cada vno mas, ò menos solemnidad, segun que pareciò â los Legisladores ocurrir â los fraudes, que se avian experimentado, de que està lleno vno, y otro Derecho en los titulos, que hablan de esta materia, y sobre ella los Autores, por lo que asi como el matrimonio, que era legitimo en vna Nacion, no lo era en otra, ò al contrario, asi el que antiguamente fue legitimo, no lo es oy, porque como el ser, ò no legitimo provenga de la observancia de las leyes, faltando esta en alguna circunstancia, que mande *pro forma*, falta la calidad de legitimo: dizese *pro forma* à diferencia de otras, que prescrivieron los Legisladores *ad melius esse*, porque no son de la substancia del contrato, ni para su precisa prueba.

28. De lo dicho se infiere, que aquellos hijos son legitimos, y lo han sido siempre en todos tiempos, y en todas Naciones, que nacieron del matrimonio celebrado segun la ley, à diferencia de los que se engendraron de otros concubitos hechos contra la ley; porque asi como *quæ contra ius fiunt, debent vtique pro infectis haberi*, à estos no los conociò el Derecho, como resultancia de su prohibicion, y en menosprecio
de

de las mismas leyes, y sus justos preceptos, y aunque se conozcan sus Padres, en la mas probable opinion no tienen para què, ni como justificar su filiacion, llamandose espurios, que es *quasi sine Patre nati*, hablo antes de la equidad Canonica, que concediendoles los alimentos, de precisso, y ex consequenti, les ha de permitir modo de justificar la filiacion de su ilegitimidad, como se puede ver en Paleoto.

29. Antes de probar esta conclusion es necessario assimismo prenotar, que el matrimonio, ò es legitimo rato, ò consumado, de cuyas especies tratan comunmente los AA. el primero miembro de la division conviene âtodos los connubios, segun la ley de cada Nacion, pues se mira solo como contrato: el segundo es solo el de los Christianos, que se venera Sacramento elevado por Christo señor nuestro el mismo contrato â la esfera de tan alto mysterio, significacion de Christo, y la Iglesia:el tercero es compleméto de la intencion de los contrayentes; porque si en el estado de rato està sujeto â la dispensacion del Pontifice,segun la mas probable opinion de los Canonistas,y tiene eleccion qualquiera de poder elegir estado mas perfecto, quedando por la profession libertad â el otro para nuevo contrato: en el consumado cessa lo referido, y solo de consentimiento de ambos pueden elegir mas perfecto estado, que en la realidad no dissuelve el matrimonio, como se tocarà despues.

30. Tiene el matrimonio otras especies subalternas, porque, ô es verdadero, presumpto, ô putativo, de que con individualidad se tocarà despues, previniendo de passo, q̃ la legitimidad de la prole en el putativo le viene del matrimonio verdadero; Porque assi quiso el Derecho, que obrasse la ficcion en el caso fingido, como la verdad en caso verdadero, siendo vna imitacion, ô similitud suya por atencion â la buena fee de los conyuges, ô de alguno de ellos, y figura del matrimonio, que se intentò celebrar verdadero, y por la ignorancia de algun impedimento no se consigiò assi.

31. Pruebase nuestra conclusion del texto in *leg. Vulgo concepti. 23 .ff. de statu hom.* ibi:*Vulgo concepti dicuntur,qui Patrem demonstrare non possunt: vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet, qui & spurij appellantur.* Y la glossa: *Non intelligitur posse, qui non honestè potest.* Et infrà: *Quia non intelligitur fieri, quod non legitimè fit.* Y la nota marginal: *Fieri non dicitur, quod*

illegitimè. junta con la *leg.* 19. y 24. *eodem tit.* la primera: *Cùm legitimæ nuptiæ factæ sunt, Patrem liberi sequuntur, vulgò quæsitus Motrem sequitur.* y la segunda: *Vt qui nascitur sine legitimo matrimonio, Matrem sequatur. leg. Paulus.* 11. ibi: *Iustum filium ei, ex quo conceptus est non videri. leg. Imperator.* 18. ibi: *Sed & si ei, quæ ex iustis nuptijs concepit: ff. eodem.* donde la legitimidad, ô ilegitimidad del matrimonio haze la prole legitima, ô ilegitima, y està proviene de oponerse, ò no â alguna ley el contrato. *leg.* 12. *C. de nuptijs. Igitur sicut desideras (observatis iuris præceptis) sociare coniugio tuo; quam volueris, non impedieris, &c. leg.* 4. *&* 6. *C. de incest. & inutilib. nupt.* ibi: *Incesti, vetitique coniugij, &c. Neque vxorem, neque filios ex ea editos habere credatur.* y la *glos.* Verbo *vetiti, vel dic vetiti generaliter: vt ad secundam partem tituli referatur.* y finalmente, es tal la correspondencia de lo licito del contrato â lo justo de los hijos, que si *non sit ex iis personis, quæ specialiter prohibentur, ducere non est interdictum: & ex eo matrimonio iustos Patri filios nasci certissimum est. leg.* 15. *C. de nuptijs. cum leg.* 26. *de incestis, & invtilibus, &c.* ibi: *Si enim ex affectu omnes introducuntur nuptiæ, & nihil impium, nec legibus contrarium in tali copula spectemus.* y la *ley Maximis decorati.* en la igual correspondencia; *legitima vxore permanente; procreati quoque liberi legitimi.*

32. Lo mismo el Derecho Canonico *toto tit. Qui filij sint legitimi cum concordantibus.* y en esto no nos detendrèmos mucho, respecto de la *ley* 1. *tit.* 15. *part.* 4. que difiniendo à los hijos, que no son legitimos, dize assi: *Naturales, è non legitimos llamaron los Sabios antiguos â los fijos, que non nascen de casamiento segun ley.* y despues passa â la division de estos, empezando assi: *Como los que fazen en las barraganas, è los fornezinos, &c.* y mas à nuestro intento la *ley* 2. siguiente: *E otro si, non son legitimos ningunos de quantos fijos nascen de Padre, è Madre, que non son casados, segun manda Santa Eglesia, &c.* en la qual expressissimamente se prueba nuestra conclusion con la diccion *Ningunos*, por la fuerza de su significado, que *plus destruit, quàm affirmativa ponit,* infiriendose de esto no poder ser legitimo el contrario, que no prueba, ni puede matrimonio entre los que llama Padres, por no averse casado, segun orden de nuestra Santa Madre Iglesia, como està justificado, y èl mismo lo afirma.

33. De aqui es, que aunque en otros Reynos puede questionarse, y reducirse à opiniones, las que cita Caponio. Si despues del Santo Concilio los esponsales por la copula passan â

ma-

matrimonio presumpto, de que resulte prole legitima, en que funda todas las soluciones, conque pretende satisfacer à los argumentos contrarios, que estàn por nuestra opinion (mas probable aun sin esta ley) que con ella totalmẽte se reprueba la dicha opinion contraria, y queda indigna de alegarse, por ser contra expressa ley de este Reyno, recibida por tal, y mandada observar por la de Toro, que ni lugar dexa â la opinion media, que introduce *part.* 3. *num.* 11. *vers. Secundò respondetur.* y como en la *parte* 1. *tit.* 12. *cap.* 1. viò apud Hispanos la *ley* 1. 3. y 10. *tit.* 2. 4. *part.* pudo ver esta, que sin duda omitiò â concepto.

34. Fundabase el matrimonio presumpto en la *ley: Si vicinis.* 9. *C. de nuptijs. leg. In concubinatu. ff. de concubinis. leg. In liberæ. ff. de ritu nuptiarum.* donde *si vicinis, & alijs scientibus, vxorem pro creandorum causa domi.* tenia alguno, no manifestando, que la tenia por concubina, asi la glossa: *Nisi in contrarium sit actum, quod vt concubinam, scilicet eam habeat.* aunque faltassen las tablas nupciales, se tenia por matrimonio legitimo presumpto, como entre los contrayentes no huviesse algun legitimo impedimento, asi le llama el sumario, ibi: *Primo de matrimonio præsumendo.* creyeron muy bien los Legisladores, que aquel, que podia hazer vn acto licito, no se debia presumir de èl lo hiziesse ilicitamente; consistia el matrimonio solo en la voluntad de los contrayentes, y asi lo presumiò la ley de estos, y de sus hijos: claramente las 10. y 11. *C. de naturalibus liberis, &c.* dàn la razon: *Neque enim verisimile est, eum, qui postea, vel donationem, vel dotem conscripserit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuisse, quæ eam dignam esse vxoris nomine faciebat.*

35. Fundados en esta misma presumpcion, con mas justa causa los Sagrados Canones pensaron de aquellos, que avian celebrado esponsales, que era vna fee del matrimonio futuro, consistiendo solo en su voluntad hazerlo presente, q̃ siempre que se subseguia la copula era con animo marital, y de completar el matrimonio (no aviendo impedimento, que lo dirimiesse) por lo qual el mismo Derecho, que con presumpcion fuerte *iuris, & de iure* lo juzgaba asi, les obligaba â observar el matrimonio; que hiziessen vida maridable, guardando sus leyes, de tal forma, que aun contrayendo con otra por palabras de presente, despues este contrato quedaba irrito, no era matrimonio, y se le obligaba â cohabitar con su legitima muger,

ger, que era la primera, con quien eſtaba celebrado el matrimonio preſumpto, y por eſto quedaba la prole legitima, como efecto de vn matrimonio, que lo era en realidad, ſegun la ley, aunq̃ en ſu origen preſumpto; pues â la manera, q̃ â el que huviere celebrado el matrimonio en el fuero externo, ſegun el Ritual Romano, aunque ſin poner intencion, ni conſentimiento, ſino antes reſiſtiendolo, no quedàra verdaderamente caſado en el interno, y ſe juzgâra por matrimonio; del miſmo modo, aunq̃ aquel en aquel tiempo alegaſſe lo contrario, y en realidad eſtuvieſſe en los miſmos terminos de no aver conſentido, ſe juzgaria entonces por legitimo matrimonio, por eſto los fijos ſe juzgaban por legitimos, ſiendolo en realidad, aunque preſumptivamente, por provenir de vn matrimonio indiſſoluble, ſegun la ley, aſsi conſta de todo el titulo *de ſponſalibus, & matrimonio, qui filij ſint legitimi, &c.* y de ſus concordantes en el decreto, y decretales, y lo tiene el Sr. Preſidente Covarrubias *tom.* 2. *cap.* 4. *primæ partis* §. 1. *num.* 1. & 2. y por eſto la copula antecedente â los eſponſales en nada conducia â la preſumpcion del conſentimiento, ni qualquiera acceſſo dezia matrimonio, como èl miſmo *in* 2. *part. cap.* 1. *num.* 5. & 6. & *cap.* 2. *num.* 4.

36. Eſto no puede ſubſiſtir deſpues de la diſpoſicion conciliar admitida en la practica de eſtos Reynos; porque debiẽdo contraer, ſegun la forma preſcripta por el decreto del Santo Concilio, aunque no tengan eſta intẽcion, ò hagan otra alguna los contrayentes, nunca pueden hazer matrimonio, ni verdadero, ni preſumpto; y qualeſquiera eſponſales, que precedan jurados, y con las mayores firmezas, y aunque ſe ſiga copula, quedaràn diſſueltos por el ſegundo matrimonio ritè celebrado, como con Navarro, Menochio, Perez, Gutierrez, Eſpino, Matienzo, Azevedo, Enriquez, y otros tiene Thomâs Sanchez, y prueba Barboſa *lib.* 2. *voto* 71. y tiene recibido la practica comun de todos los Tribunales: luego padece notoria equivocacion Caponio en querer confundir con el matrimonio preſumpto, y con la legitimidad de ſu prole, en el que lo era con preſumpcion iuris, & de iure las doctrinas del putativo con ſus ampliaciones, y limitaciones, para arguir de ellas â el caſo de ſu concluſion, y mayor Don Sancho, en querer inferir de la de eſte Autor â ſu favor en eſpecie totalmente diſsimil.

Es

37. Es el matrimonio putativo, el que celebrado con error de los contrayentes, ò de alguno de ellos, entre quienes avia impedimento dirimente, descubierto este con el tiempo, dexaba la prole legitima; pero si descubierto el error, ò no siendo este justo, sino afectado, ò simulado, se mantenian en la mutua cohabitacion, los hijos no eran legitimos. *leg.* 4. *de incestis, & inutilibus nupt.* ibi: *Qui aut errore acerrimo, non affectato, insimulatove.* Et infrà: *Quos tamen ita demum legis nostræ laqueis eximi placuit, si aut errore comperto, &c. Coniunctionem huiusmodi sine vlla procrastinatione dirimerint.* esto lo hazia la buena fee, y averse celebrado el contrato publicamente, asi la glossa, ibi: *Sed certè ibi clam fuerat contractum, vnde præsumitur scientia: secùs si palam, quando bona fides præsumeretur.*

38. Esta ley no hablò de la legitimidad de los hijos; pero la glossa lo pregunta: *Item, quod erit de filijs ipsorum?* y responde: *Respondetur non est cautum in lege, sed dico esse legitimos, si vterque ignoravit, licèt nullum sit matrimonium: sicut & in adoptivis contingit, qui sunt legitimi sine matrimonio; & hoc dicitur rescripsisse Alexandrum, &c.* Et infrà: *Tu dicas de hoc, si matrimonium est publicè contractum in facie Ecclesiæ: Tunc sive vterque ignoravit impedimentum; sive alter tantùm, filij sunt semper legitimi. cap. Cùm inter. cap. Ex tenore extra qui filij sint legit. Si verò matrimonium esset contractum clandestine, licèt vterque ignoraret impedimentum, non essent filij legitimi. cap. Cùm inhibitio. §. Siquis verò. de clandest. desponsat.*

39. Y en nuestro Castellano lo dispone del mismo modo hablando en especie la *ley* 3. *tit.* 3. *part.* 4. *que non serian legitimos los hijos de aquellos, que no podiessen ser marido, y muger, en pena de averse casado encubiertamente, aunque se allegasse, que su Padre, nin su Madre no sabian aquel embargo, quando casaron; porque se presume, que sabian el impedimento, ò que no lo quisieron saber.* donde la ley vna, y otra suponen el matrimonio, ò ya celebrado encubiertamente, ò ya con publicidad.

40. No puede arguirse de el matrimonio putativo, ò presumpto contra la conclusion; porque ni Caponio, ni D. Sancho lo prueban; este se haze con el consentimiento, y vnion reciproca de las voluntades de los que han de contraer, manifestandolo por algun modo, que le haga constante, no solo no succede asi en vno, ni otro caso; pero lo contrario se vè *per evidenciam facti*, en el primero el poder del Conde para casarse, quando se removiesse el obstaculo; en el segundo, no an-

tes del pleyto de disfame; porque la pretension de Doña Juana de Torres contenia se condenasse à casar, y contraer con ella â D.Sancho, no durante el litigio; porque las sentencias le condenaban à hazerlo, no despues; porque muerta Doña Juana no pudieron contraer; esto lo supone el contrario, como fundamento de su intencion, quando se pretendiò, que por no averse querido casar se pusiesse por legitimo, todo lo contiene la partida de su Baptismo, que assegura no quiso casarse Don Sancho; luego ni le aprovechan las doctrinas de matrimonio putativo, ni presumpto, ni la justificacion, que ha pretendido hazer de la opinion, en que ha estado de legitimo; porque no ay opinion, q̃ prevalezca contra la verdad, y por esto la *leg.* 3. *C. de nuptijs.* dize que *Neque sine nuptijs instrumenta facta ad probationem matrimonij sunt idonea, diversum veritate continente, neque non interpositis instrumentis, iure contractum matrimonium, irritum est, &c.*

41. Pregunta Barb. en sus votos al 71. *num.* 7. explicando el *cap. Is, qui fidem.* en què tiempo antes de la disposicion del Santo Concilio empezaba el matrimonio presumpto, que resultaba por la copula entre los esposos, si se avia de retrotraer su principio del tiempo de esta â el en q̃ empezò la promessa, ò avia de empezar à tenerse por tal desde la copula, como complemento, de donde resultaba la presumpcion? la duda es discreta; porque necessitandose vno, y otro para presumir matrimonio, parece que completo debia empezarse à contar desde el dia de los esponsales, de cuyos estremos se componia, pues ni bastaba la copula; porque ella por sì no figuraba matrimonio, ni los esponsales, pues estos le representaban de futuro, en que tiene este Autor, que *non retrotrahitur matrimonium â tempore copulæ subsecutæ ad tempus factæ promissionis.* y dà la razon: *Quia legis præsumptio fuit, vt matrimonium tempore copulæ contractum diceretur, cùm ad excusandam præsumptionem delicti, lex induxerat hanc præsumptionem, quia existimavit ex illa carnali coniunctione novum supervenisse consensum, atque ita voluisse perducere ad effectum promissionem illam in sponsalibus factam.* Pues vea el contrario para poder denominarse legitimo de matrimonio presumpto, â qual de los tiempos referidos quiere retrotraer la presumpcion, que maquina, y â qual remitir su asserta legitimidad, busque el consentimiento del que llama Padre, y hallarà solo vna resistencia absoluta de no casarse con igual negati-

tiva de la obligacion, ò palabra, que contuvo la querella de su Madre: luego es su esperanza sin fundamento, y menos justificada su pretension.

42. En la controversia 272. de Cyriaco, al *num.* 19. 20. y 21. hallarà, como, y con què argumentos se prueba el matrimonio presumpto, y â el 27. y siguientes, quales se necessitan despues del Concilio, y cotejelo con la probanza, que ha hecho, y hallarà, que no tiene alguna, conque persuadirlo; la misma materia prosigue en la controversia 349. *â num.* 41. *vsque ad* 44.

43. Registre tambien de la primera el *num.* 23. y hallarà, que *matrimonium præsumptum quoad sui effectum nihil differt penitùs â matrimonio vero, & reali,* porque justificado este por el orden, que se debe, *si desacuerdo huviesse entre el marido, y la muger, podria la Iglesia, no queriendo alguno vivir con el otro, apremiarle â ello.* palabras de que vsò la ley de la partida 1. y 2. *titul.* 3. 4. *part.* lo que no sucederia no probandose: *Ca la Iglesia no puede juzgar las cosas encubiertas.* De aqui es el cuydado, y solicitud, que tuvieron los Legisladores, de que los matrimonios no se hiziessen encubiertamente, y de aqui, que aunque se hiziesse en secreto, no se llamaba putativo, si despues se probaba por el orden prescripto, pues solo tenia esta denominacion, el que estando equivoco entre amancebamiento, ò matrimonio antes que acto ilicito, le presumia la ley licito, como se tocarà en la tercera parte.

44. No solo tuvieron las leyes este cuydado, de que se contraxesse el matrimonio publicamente: pero la misma prevencion hizieron en el modo de recibir las barraganas; este nombre dà el *tit.* 14. de la misma partida à las otras mugeres, que tienen los homes, q̃ no son de bendiciones, pues sin embargo de ser prohibido tenerlas, segun los Sagrados Canones; *porque viven con ellas en pecado mortal,* assi el principio de este titulo; por la ley segunda de êl se permitia à algunos las pudiessen tener sin pena temporal, porque tuvieron, que era menos mal tener vna muger de esta calidad, que muchas; y porque los fijos, que naciessen de ellas fuessen mas ciertos, dan reglas del modo de executar este concubinato, quien puede tenerlo sin castigo, y con quien, mandando expressamente, que el que recibe barragana, lo haga manifiestamente ante testigos, buenos homes, diciendo la recibe por tal, y que *si de otra guiza la recibiesse,*

se, sospecha cierta seria contra ellos, que era su muger legitima, è non su barragana, y dispone, que si pleyto naciesse sobre esta razon, asi lo juzgaria el Juez Seglar, fueras ende si fuesse probado, que la oviesse recibido por barragana.

45. De esta glossa, y su ley conducen à nuestro intento las reflexiones siguientes: La primera, que no podia aver barragana el que tuviesse orden, sin miedo de dicha pena, y la glossa en la letra *E.* verbo: *De orden.* dize: *Et procedit etiam in Clerico minorum ordinum.* aunque con remission à Bart. *in leg. In concubinatu. ff. Isto titulo.* y à la *ley final, tit. 6. part. 1.* La segunda, que *la concubina non fuesse virgen,* aunque con la limitacion, que trae en esta palabra letra *H.* por lo que *in cap. 5. causa 27. quæst. 2.* se dize, *non enim defloratio virginitatis facit coniugium, sed pactio coniugalis.* y la glossa litera *I. id est consensus de præsenti;* porque como sea estrupo, que tanto castigan las leyes, no tolerando esta violencia, ni aun con la esposa, segun el *tit. de raptu virginum. in C.* ibi: *Quibus connumeramus etiam eum, qui saltèm sponsam suam per vim rapere ausus fuerit.* nunca presumiò la ley connubio licito de principio tan reprobo. La tercera, que aunque la ley previno, que el Juez Seglar lo juzgasse asi, no el Eclesiastico, y lo dize expressamente la glossa litera *M.* ibi: *Non tamen Iudex Ecclesiasticus.* citando diferentes Canones, y concluyendo, *& in hoc standum est Canonibus.* La quarta, que aunque Baldo tuvo, que esto era verdadero, *quoad matrimonium;* porque *quoad successiones* dize: *Ius civile servandum.* lo contrario tiene la glossa, ibi: *Quod est mirabile; sed fortè non verum, cùm à matrimonio pendeant successiones.* La quinta, que aunque por Derecho Civil se presuma matrimonio en los terminos de la ley, nunca por Derecho Canonico, donde *appellatione mœchiæ omnes illiciti concubitus continentur.* por lo que la concubina no se podrà tener por muger, asi la glossa de Gregorio Lopez à la ley 1. de este *tit.* litera *H.* donde responde à el *cap. His, qui. 34. dist.* diciendo: *Quia ille textus loquitur de vxore ducta sine solemnitate, & non concubina, quæ non est vxor.* Y quando no concurren con la diuturna cohabitacion otros adminiculos del matrimonio, segun el *cap. Illud. de præsumptionibus.* como en la otra glossa citada de la ley 2. litera *M.* verbo: *Juez Seglar.*

46. De lo dicho se infiere legitimamente, no puede valerse la otra parte, de que dispusiesse el Derecho, que el matrimonio contraido en secreto, sino avia impedimento dirimen-

mente, era legitima la prole, queriendo inferir, que en nueſtro pleyto, por no aver impedimento entre los contrayentes, que avian de ſer, es legitimo; porque ademàs de no averſe celebrado contrato alguno entre los que llama Padres, caſo negado, que le huvieſſe avido, ni eſte fue matrimonio, ni por la copula pudo paſſar à ſerlo, como queda ſentado, ni aunque huvieſſe ſido de firmes eſponſales, deſpues del Santo Concilio quedò con razon de matrimonio, ni con fuerza de contrato; por lo qual, ni antes, ni deſpues de la diſpoſicion Conciliar puede fundar la pretenſa legitimidad, ni en matrimonio putativo, ni preſumpto, y ſus reglas, y menos aviendo ſido Clerigo con renta Ecleſiaſtica, el que nomina Padre, que de eſte ſe preſume con mas dificultad, que de el Lego, con lo demàs, que queda prevenido; y finalmente, que el Juez Ecleſiaſtico, ni pudo, ni debiò en algun concepto, ni tiempo juzgar, ni determinar la aſſerta legitimidad, que ſupone, por no aver antecedido, ni aun figura de matrimonio, en que pudiera fundar el conocimiento de la cauſa por inſidencia, y aſſi nè ſim prolixè moleſtus, paſſo à la tercera parte.

PARTE TERCERA.

QVE LA CALIDAD DE LEGITIMOS NO COMO quiera proviene â los hijos de el matrimonio, ſino en razon de Sacramento.

47. PORQVE NO DIGA ALGVNO, QVE HASTA aqui ſe ha manifeſtado, que la legitimidad viene del matrimonio celebrado como contrato: pero no preciſamente de èl, como Sacramẽto, cuyas formalidades ſon ſeparables en la opinion de Caponio, reſpecto de que entre los Infieles ſe dà matrimonio legitimo en razon de puro contrato natural, y los hijos lo ſon, como en la Ley Eſcrita, antes de ſu elevacion à tan alta esfera eran legitimos los matrimonios, y la prole, y lo miſmo en la Natural, por no poderſe dudar, que Abèl fue hijo legitimo de Adan; de Abrahan Jacob; de eſte Iſaac; Salomon de David, y aſsi de los demàs: ſe individuarà en eſta concluſion con mas eſpecialidad la antecedente, probando, que en el Orbe Catolico no ſon legitimos los hijos por el matrimonio puramente contrato, ſino como Sacramento.

 Non

48. Non me latet, que Basilio Poncio de matrimonio *lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 3. dize por esta opinion, que *inter fideles separari posse rationem contractus à ratione Sacramenti*, teniendola por mas probable, ibi: *Verùm probabilius existimo in eo casu valère matrimonium in ratione contractus, & separari à ratione Sacramenti.* no hallo preciso para nuestro intento el examen, de qual sea mas probable (pues en medio de que en las reflexiones se ha de tocar otra vez) sirva, ò no su disputa en la especie de Caponio, en nada puede aprovechar à el contrario, asi por no averse celebrado, entre los que titula Padres, matrimonio en razon de contrato, como hemos visto, y dezir el mismo Poncio, que *cùm ratio Sacramenti matrimonij, ita supponat rationem contractus, vt non alia sit materia, & forma matrimonij quatenus Sacramentum, nisi quæ fuerit materia, & forma contractus; quare qui vellet efficere matrimonium, vt Sacramentum est, & nollet efficere contractum, nihil efficeret; haberet enim animum omnino repugnantem substantiæ matrimonij, &c.* como porque la ley real citada previene; que *non son legitimos ningunos de quantos fijos nascen de Padre, è Madre, que non son casados, segun manda Santa Iglesia.* Luego faltando en nuestros Reynos la razon de Sacramento, que es como prescribe se celebre el matrimonio, no puede producir legitimidad en los hijos, bien lo conociò el mismo Poncio *lib.* 11. *cap.* 2. *num.* 6. donde afirma, que *prolis legitimatio non aliunde provenit, quàm ex valore matrimonij*; y si para celebrar este en razon de Sacramento es necessaria intencion en el Ministro, *faciendi, quod facit Ecclesia saltim confusè*; ni en vna, ni otra razon se hallarà en el contrario, por aver faltado ambas.

49. Antes de proceder à la prueba de nuestra propuesta es menester bolver à la memoria lo que en la segunda parte queda sentado *à num.* 25. *y siguientes*, poniendo las autoridades de Paleoto *de notis, & spurijs, cap.* 2. *à num.* 9. que alli se omitieron; dize, pues, este Autor, que *principio quidem legitimos omnes extitisse, illegitimosque primum cum legibus scriptis prodijsse*, llamando feliz à aquella edad, en que *Prisci homines crediderunt salutaria ferè omnia, & felicia, nec inter homines quidquam nisi rectum, honestum, & penè divinum fuisse compertum.* hasta que *hominum natura ad turpes cogitationes labi, & à nativa illa animi bonitate, ac simplicitate paulò declinare cœpit.* fue preciso inventar leyes, que contuviessen la malicia, y nombres, con que explicarla, para conocerla, y distinguirla, y asi en el *cap.* 3. *in principio. & num.* 3.

di-

difiniendo, y distinguiendo los legitimos de los ilegitimos, prosigue, que *cùm primum lex certa hominum coniunctionibus est constituta, sive ea à summo Deo, sive à mortalibus fuerit accepta, tunc statim illegitimi...ij omnes appellari cœpti sunt, qui contra tale legis præscriptum in lucem essent suscepti, vt nomen ipsum satis demõstrat.* Et infrà: *Tales igitur, & legitimi apud exteros populos habiti fuere, qui scilicet secundùm mores, ritusque ab ijs approbatos geniti essent; illegitimi, quorum natales à Patriæ institutis abhorrerent.*

50. Y de aqui diximos, que los hijos, que en vnos tiempos, y Naciones fueron legitimos, en otras, y en otros no lo fueron: bastantemente asseguran esta verdad todos los textos de vno, y otro Derecho, siendo exemplos, que lo concluyen, *leg.* 19. *C. de nuptijs.* donde los Emperadores Arcadio, y Honorio permitieron el matrimonio entre los consobrinos, que antes por Derecho antiguo, y en el tiempo de la media jurisprudencia estaba prohibido, y entonces quedaron los hijos legitimos, y succesibles â los Padres, lo que no fueron antes, ibi: *Vt revocata prisci Iuris authoritate, restrictisque calumniarum fomentis matrimonium inter consobrinos habeatur legitimum.* Et infrà: *Et ex eo matrimonio editi, legitimi, & suis Patribus successores habeantur.* Y despues por Derecho Canonico (â que se debe estàr en esta materia) buelve à no ser legitimo, sino incestuoso, y los hijos tener este vicio, por lo que la glossa verbo: *Legitimi.* dize: *Hoc est verum Iure fori.* citando las concordantes del Digesto; *sed non Iure poli,* citando la causa 35. *quæst.* 1. *cap. Cùm igitur.* lo mismo succede en los matrimonios de los constituidos en dignidad, *ley: Maximis decorati dignitatibus: C. de nuptijs.* que contraian con otras solemnidades, que los otros; y si faltaban los dotales instrumentos, era ilicito el matrimonio (como el de los Senadores con las mugeres humildes) y los hijos ilegitimos, quando los demàs solo contraian con el afecto. *Reliqui omnes affectu solo contrahunt matrimonium.* que dixo el mismo texto.

51. Conque no es buen argumento; los de la Ley Escrita, y Natural fueron legitimos, los de los Infieles tambien, faltando esta, ò las otras circunstancias: luego deben serlo los matrimonios, ê hijos de los Catolicos, aunque no las tengan; porque se responde, que aquellos fueron legitimos; porque *secundùm mores, & ritus ab ijs approbatos geniti fuerunt.* sin faltarles alguna circunstancia prescripta por su ley, y con las mismas

no

no serán de esta calidad en la Iglesia Catolica, donde se debe contraer segun sus ritos prescriptos por el Santo Concilio, con precisa nulidad de lo contrario, y por esto en la segunda parte *num.* 29. diximos, que el matrimonio de los Catolicos era rato, à distincion de el de los Infieles, que solo es legitimo, segun su ley, conque queda satisfecho à la doctrina de Caponio en esta parte.

52. Esto supuesto parecia tiene poco, que hazer nuestra conclusion; porque en suposicion de ser cierto, y quedar sentado la correspondencia, que ay para la legitimidad entre los hijos, y el matrimonio: si oy en la Iglesia pudiera celebrarse este en razon de cōtrato entre los Catolicos, aunque se tolerasse la mutua cohabitacion entre los conyuges, ni serìa legitimo connubio, ni de èl resultaria prole legitima, por no ser semejante contrato, segun los ritos aprobados por la Iglesia, que no solo determinò inhabilitar, para contraer assi, à los contrayentes, sino irritò, y annulò los contratos de esta calidad por el *cap.* 1. *sess.* 24. *de reformatione.* ibi: *Qui aliter quâm præsente Parrocho, &c. Matrimonium contrahere attentabunt, eos Sancta Synodus, ad sic contrahendum, omnino inhabiles reddit, & huiusmodi contractus irritos, & nullos esse decernit, prout eos præsenti decreto irritos facit, & annullat*: Luego es facil de conocer, que del matrimonio en razon de Sacramento viene la legitimidad de los hijos en la Iglesia.

53. Pero porque no se entienda se huye la dificultad, se proseguirà la prueba de nuestra propuesta *ex leg. Paulus.* 11. *ff. de statu hominum*: Comparada su decision con el *cap.* 6. *Qui filij sint legitimi*: Las palabras del *cap.* son: *Tanta est vis matrimonij, vt qui antea sunt geniti, legitimi habeantur*: Y la glossa de este cap. litera *H.* verbo *Legitimi*, haze esta nota de admiracion: *Ecce quanta est vis matrimonij, vt illegitimos faciat legitimos*: Y passando nuestra atencion à la especie del texto, se halla, que casada vna hija de hecho, ignorandolo su Padre, viviendo este, concibiò vn hijo, que naciò, muerto el Abuelo, dudabase si este hijo era legitimo? Y resuelve el Consulto, que *licèt post mortem Avi, natus sit, iustum filium ei, ex quo conceptus est, non videri.* Y la glossa *legitimi non habentur: Licèt post mortem Patris mulieris nascantur.* La razon de dudar, y decidir fue, que este matrimonio celebrado por la hija, ignorandolo su Padre, fue invalido, ibi: *Hic filia nupsit Patre ignorante. Vnde matrimonium*

non

non valuit. leg. Si vt proponis. C. de nuptijs. pero muerto el Padre empezò el matrimonio: asi la glossa: *Non sunt iusti, licèt nascantur post mortem eius, quando matrimonium erat.* y lo explica el Sumario con Bart. ibi: *Matrimonium à principio illicitum non validatur per ius superveniens, quantùm ad legitimationem filiorum iam natorum.* Luego se vè con admirable distincion, que la prole de vn matrimonio puramente contrato no se legitima por la validacion, que superviene, siendo asi, que en razon de Sacramento es legitima por el subsequente matrimonio.

54. Corria tan sentada esta opinion entre los Juriscon- sultos, por el Derecho de los Digestos, que *matrimonium contractum in Provincia contra mandata: tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat.* tenian, que *iustas nuptias efficit, & ideo posteà liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse. leg. 65. Eos qui. ff. de ritu nuptiarum.* lo mismo se juzgaba por el Derecho del Codigo. *leg. 6. C. de nuptijs.* ibi: *Tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseveraverit, iustæ nuptiæ efficiuntur: Et ideo posteà liberos susceptos, natosque ex iusto matrimonio, legitimos esse, responsum viri prudentissimi Pauli declarat.* luego los que nacian antes, quedaban sin esta calidad, y no se legitimaban por el nuevo consentimiento en tiempo habil, asi se infiere de argumento à contrario (ensu validissimo, & fortissimo in iure.

55. Pero la glossa de vno, y otro texto, excitando esta duda, no nos la dexa en lo claro de su respuesta, his verbis: *An illi, qui ante depositum officium nati sunt, legitimi sint?* responde: *Non.* y la del Codigo litera *P. Quid si ante? non sunt legitimi.*

56. Contra nuestra conclusion parece està Juan Andrès sobre dicho *cap. 6.* en su lucerna Iuris ardentis super glossa 2. donde suponiendo, que ignorando alguno de los conyuges el impedimento irritante, que avia entre ellos para contraer; la prole es legitima; pregunta, què serà, del que ignorando, que vna muger era casada, tuvo vn hijo: si este quedarà legitimado por el subsequente matrimonio? y dize, que no: teniendo lo contrario, en el que ignorandolo contraxo desde luego con la muger casada; de cuya diversidad parece resulta no es tanta la fuerza del matrimonio en razon de Sacramento; porque en el primer caso vemos, q̃ el matrimonio verdadero no pudo legitimar, aun supuesta la ignorancia, al hijo adulterino, siendo verdaderamente Sacramento; y en el segundo vemos, que sin ser Sacramento, sino solo matrimo-

nio putativo, con la ignorancia del vno de los conyuges del impedimento irritante del otro, la prole fue legitima.

57. Castillo en la glossa â la *ley 11. de Toro, quæst. vltima, vers. Sed quæro.* refiriendo este caso, pregunta otro, cuya respuesta parece puede servir de solucion à el argumento, dize assi: Vno con ignorancia recibiò por concubina vna muger, que tenia por soltera, y la fama de la vecindad era assi, tuvo vn hijo de este concubinato, despues resulta ser casada, pregunta: *Nunquid filius sit naturalis, an adulterinus?* y resuelve, que aunque parecia natural, es adulterino, ê incapàz de succession, dando la razon; porque el que contraxo matrimonio *dabat operam rei licitæ, ideo ignorantia sua excussat;* pero el que sin el matrimonio se permite à el acto *dat operam rei illicitæ; ideo ignorantia sua non est probabilis, nec debet inde consequi premium, quia danti operam rei illicitæ imputantur omnia, quæ sequuntur præter voluntatem suam, & ignorantia in tali casu non prodèst, quapropter filij inde suscepti, tanquàm adulterini non succedunt Parentibus, neque ex testamento, neque ab intestato, quod est notandum.*

58. No hallo, que la instancia fuesse contra la conclusion, que debe entenderse, que entonces viene la legitimidad del matrimonio subsequente â la prole, como Sacramento, no aviendo en el principio impedimento dirimente publico, que impida celebrar el contrato *in facie Ecclesiæ;* porque aviendolo, no pudo obrar causando efectos, que no pudo producir entonces; y si el matrimonio putativo los produxo en el caso propuesto, fue por la buena fee, ê ignorancia del impedimento, y por la virtud del verdadero, que hasta su sombra haze milagros; y se vè, de que como en el concubinato no avia la razon de Sacramento, cessa la de aprovechar la ignorancia, ò buena fee à el concubinario del estado de la concubina, para que los hijos fuessen naturales, y assi fueron adulterinos, ê insuccessibles, cuyas diferencias mas asseguran, que destruyen la propuesta.

59. Pero contra todo lo referido, assi en exemplos, como en distincion de licito, ô ilicito, obsta, que por el mismo Derecho Civil se legitimaban por el subsequente matrimonio los hijos avidos antes en la concubina, *leg. Cùm quis. C. de naturalibus liberis. §. final, Instituta, de nuptijs.* aviendo estos tenido principio ilicito, de que se infieren dos precisas ilaciones contrarias à lo que và sentado: La primera, que no es lo licito,

to, ò ilicito del principio, quien dà, ò quita la legitimidad, ò ilegitimidad à los hijos, pues quando sus Padres se casaron, despues vemos por Derecho Civil legitimos los que nacieron de las concubinas antes, siendo asi, que segun la ley de las partidas en el titulo de las barraganas, es pecado mortal, ê ilicito, como reprobado por la Ley de Dios: La segunda, que conforme el mismo Derecho quedaban legitimos los mismos hijos de las concubinas, casandose despues sus Padres con los ritos del Derecho comun en razon de puro contrato, sin passar à Sacramento, por no ser en aquel tiempo Christianos todos los del Orbe Romano, entre quienes avia legitimo matrimonio, ò connubio distinto del concubinato, segun el animo de los contrayentes: luego se manifiesta, que la legitimidad de los hijos no la dà el matrimonio como Sacramento, sino en razon de contrato, pues pudo esta en el Derecho Civil legitimar los hijos avidos en la manceba, aun no siendo Sacramento; razon, que esfuerza con otras en la primera parte el mismo Caponio, ademàs de oponerse tambien à otra regla de Derecho, que dicta, que lo que en el princio es vicioso, no convalece con el tiempo en la que, segun la glossa, se fundaron los Jurisconsultos para tener por ilegitimos los hijos de los que se casaron, ignorandolo los Padres, que tenian baxo de su patria potestad à los contrayentes, y de los que casaban en la Provincia contra los mandatos de la ley: luego es contra ella nuestra principal conclusion.

60. Eran el matrimonio, y el concubinato tan finitimos por Derecho Civil, que en el efecto era menester mucho para distinguirlos, retrotrae con facilidad el Derecho las cosas â el primer estado de su naturaleza: es el contrato natural el fundamento del matrimonio, y asi no es mucho, que en este caso contemplasse matrimonio desde el principio, bien claro lo dize el Emperador Justiniano *in leg.* 10. *C. de naturalibus liberis. Cùm quis à muliere libera, & cuius matrimonium non est, legibus interdictũ cuiusque consuetudine gaudebat, aliquos liberos habuerit, minimè dotalibus instrumentis compositis, postea autem ex eadem affectione etiam ad nuptialia pervenerit instrumenta, & alios iterum ex eodem matrimonio liberos procreaverit: Nè posteriores liberi, qui post dotem editi sunt, sibi omne Paternum patrimoniũ vendicare audeant, quasi iusti, & in potestate effecti, fratres suos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate Paterna repellentes: huiusmodi iniquitatem amputandam censemus, &c.*

&c. y aſsi determina, que vnos, y otros hereden, y ſe tengan por juſtos, declarando por iniquidad lo contrario, y teniendo por veroſimil, que aquella afeccion la avian tenido desde el principio; donde ſe hazen reparables los terminos de la ley, en lo primero de la eſpecie le llama coſtumbre, *cuiusque conſuetudine gaudebat*, en que expreſſa ſolamente el concubinato; en el medio le llama matrimonio, *ex eodem matrimonio*, y al fin, no tan ſolo le nombra en ſingular, ſino en plural, *ſed qui ex eiſdem matrimonijs procreati ſunt ſimili perfruantur fortuna*, dando â entender, q̃ ſi empezò como cõcubinato, deſpues declarado matrimonio, quedaron los hijos juſtos del miſmo matrimonio, ò de dos; el vno preſumpto, y el otro verdadero, *ex eodem matrimonio, &c. ex ijsdem matrimonijs, &c.*

61. Baſtante ſolucion para el argumento, ſino la contuvieſſe mejor el texto en las palabras *huiuſmodi iniquitatem amputandam cenſemus.* donde claramente ſe vè aver ſido eſta ley, correccion del Derecho antiguo, que no concedia eſte privilegio, ni en eſte caſo, en el qual por gracia del matrimonio, ya con la virtud de Sacramento lo mandò aſsi eſte Emperador tan Catholico, y juſto, â imitacion de la equidad Canonica para invitar â todos con eſte premio â el matrimonio, lo q̃ declara el ſumario de la ley, ibi: *De legitimatione per ſubſequens matrimonium.* con los miſmos terminos del *cap. Tanta, &c.*

62. No ſe contemplaba por Derecho civil ilicito el concubinato, por eſto el miſmo Paleoto haze eſte dilemma â la ley: *In liberæ, cum gloſſ. de ritu nuptiarum, & ideo, qui in rebus veneris cum muliere deprehenſus eſt, ita ſatis crimen excuſare poterit, ſi eam, ſe veluti vxorem, non vt amicam cognoviſſe aſſerat, &c.* y acaba: *Sed hoc iure civili.* haziendo remiſsion mas extenſa al *cap. 19. num. 1.* ibi: *Ius civile, vbi virum, & mulierem ſimul cohabitantes intelligit, id in dubio matrimonij non fornicationis cauſa fieri coniecit, vſque adeo, vt tum, & ſi quis non eo animo cum muliere illa verſaretur, ſed potius, vt ea veluti concubina interim potiretur, lex tamen eas adhuc nuptias interpretetur, &c.*

63. No faltò quien quiſieſſe, que el legitimado por el ſubſequente matrimonio no es verdaderamente legitimo, fundado en las palabras del *cap. Tanta. 6.* ibi: *Legitimi habeantur.* diciendo, que el termino *habeantur* denota impropriedad, pues vna coſa es tenerſe como tal, y otra ſerlo; pero à eſto ſe ſatisface, que la letra del texto no dize, que *pro legitimo habeatur*, ni

ni *vt legitimi habeantur*, que entonces denotaria impropriedad, y se comprueba de la glos. *Vt illegitimos faciat legitimos.* pero porque en ello no quede el menor escrupulo, dirè con Castill. *in leg.* 12. *Tauri.* donde excita la duda de *si legitimatio sit fictio, an veritas?* *à num.* 23. en la qual dize, que Baldo tuvo, que *quodammodo est veritas, quia in naturæ substantia fundatur, quæ non mentitur.* Y tambien, *quòd est fictio, quia retrofingere, dici potest, quòd naturaliter loquendo est veritas formaliter, sed civiliter est fictio*; y lo explica con el exemplo de la restitucion *in integrum*, y que se equipara al Derecho de Postliminio, y Tiraquelo *de iure primogeniorum, quæst.* 34. *num.* 35. dize, que nada ay tan semejante, como la legitimacion, y el Postliminio, y que asi *sicut postliminium cum, à quo servitutem amovet, facit esse eius conditionis, ac si nunquâm in ea servitute fuisset: sic & legitimatio istum perinde facit haberi, ac si nunquàm fuisset illegitimus.* Prosiguiendo al *num.* 36. que *legitimatum aliquando fuisse naturalem tantùm, aliquando quòque naturalem, & legitimum*, serìa monstruo, ò vna cosa con dos derechos, imò & contrario.

64. De aqui es, porque no se legitiman los hijos anteriores, tenidos de adulterio por el subsequente matrimonio, *toto tit. De eo, qui duxit in matrimonium, quam poluit per adulterium.* porque ademàs de que vn privilegio no puede tener fuerza contra otro *fictioni non est locus, nisi extremis habilibus, cùm ergo eo tẽpore, quo Pater habuit primam vxorem, & ex ea filium, non potuerit ea concubina esse illius vxor (duas enim vxores simul habere non potuit) certè fictio, qua is debuit censeri legitimus ex sequenti matrimonio, mutat naturam; & ad id tempus non trahitur; nec enim trahi debet ad tempus, quo sequi potest iuris repugnantia.* como dize Tiraquel. *vbi supr. num.* 18. conque en todas sus partes queda respondido al argumento, y satisfecho el mas delicado escrupulo.

65. No parece estraño de nuestro assumpto vn successo notorio de este tiempo, cuya relacion se harà sin nombrar las personas, que le componen, por la alta calidad de su representacion, y solo ser del caso de este pleyto su materia, que manifiesta la dificultad, conque se consigue la declaracion de lo legitimo de vn matrimonio, y su prole, y el Tribunal, donde se debe tratar, y se harà lo mas conciso, que lo permita su historia, que referirè de vn memorial, que impresso mantengo en quatro fojas, copia del que se diò à la Magestad de el Rey, nuestro señor Don Luis Primero (que goze de Dios) en con-

formidad de otro, que por la mifma parte fe avia dado à la Mageftad del Rey nueftro feñor (que la Divina profpere) y fobre que remitido al Real, y Supremo Confejo de Caftilla hizo confulta en 22. de Enero del año paffado de 721. cuyo extracto es el figuiente.

66. Por Octubre del año paffado de 702. *P.* (hallandofe viudo de mas de 16. años, y mayor de 60. y con vna hija fola, cafada, que defpues muriò fin fuccefsion) contraxo matrimonio en vna Villa de los Eftados de Flandes con *A.* hija legitima de *F.* Teniente Coronel, y Capitan de vna de las cinco Compañias, que llaman del Sr. Emperador Carlos Quinto (fiendolo al mifmo tiempo de otra el dicho *P.*) y la Madre, iguales en luftre, diftinciones, y nobleza à dicho *P.* como es notorio en la Europa.

67. Celebròfe dicho matrimonio en la forma permitida por la Sede Apoftolica, afsiftiendo, como Parroco, el Capellan del Regimiento del dicho *P.* con los teftigos neceffarios, y en prefencia de la Madre viuda ya, por aver muerto pocos dias antes fu marido, Padre de la defpofada, con quien fe avia tratado efte cafamiento: motivo, porque fe celebrò fin la publicidad, y demonftraciones correfpondientes.

68. Hizieron vida maridable por los pocos mefes, que refidiò en dicha Villa el *P.* hafta fu falida à campaña, quedando diferido à fu reftitucion el hazer notorio efte matrimonio; mas lo fue afsi en dicha Villa, como en todo el Pais, por desfrutar, y executarfe con ella todos los cortejos, y obfequios, afsi de Miniftros Politicos, como de los Cabos, y Soldados, que refidian en dicha Villa, correfpondientes à muger legitima de dicho *P.* quien aviendo recibido Real orden, hallandofe el Exercito para paffar à Efpaña, la diò à fu muger, para què lo bufcàra en el Lugar de fu refidencia, donde fe defpidieron, quedando embarazada de vna hija, cuyo Baptifmo fe celebrò por Julio de 703. en la Iglefia Parroquial, en cuyos libros eftà puefta la partida, dandole por Padres à los referidos.

69. Siguenfe diferentes cartas de la debida correfpondencia con fu muger, que manifieftan la fee de eftàr legitimamente cafado, y otra, en que affegura trabaja en bufcar medios para el viage, y que â fu arribo fe publicarâ el matrimonio, y que reconociendo la fufodicha, que la refidencia de fu

ma-

marido seria permanente en España, y que se dilataban las providencias ofrecidas para su viage, resolviò executarlo por sì, y con efecto passò à estos Reynos en compañia de su Madre, y trayendo â su hija, en el año de 706. hasta que se restituyò à Madrid, donde recibiò carta de su marido, en que desaprobaba su viage â España, y la ordenaba se bolviesse à Flandes, y que se pusiera en vn Convento la hija, dandole este tratamiento; para que se criàra: concluyendo con la cruel amenaza, de que no dandole este gusto, diria, que no era su muger.

70. Esta consiguiò Real decreto, para que se le oyesse en justicia, con cuya noticia *P.* que se hallaba con empleo de grado en la Ciudad de Pamplona, compareciò ante el Juez Eclesiastico haziendo relacion, que se intentaba demandarlo en aquel Juzgado por la dicha *A.* sobre el referido matrimonio; pidiô se le diesse traslado de qualquiera pedimento, que en esta razon se hiziera. El auto fue el regular, y por *A.* se puso demanda â *P.* haziendo relacion del Hecho, como vâ expressado, y concluyô pidiendo se le obligasse con censuras, y otras penas, â que la tratâra como â su legitima muger, haziendo vida maridable en consequencia de su matrimonio, y que ante todas cosas *P.* reconociesse las cartas, y declarasse, si eran suyas, y â el contesto de la demanda; el auto fue de traslado, y por *P.* se presentò alegato, redarguyendo de falsas dichas cartas; y notando de calumniosa la demanda, y que *A.* como estraña de estos Reynos afianzàra de calumnia, y no haziendolo, no se le admitieran sus pedimentos; de que dado traslado à la susodicha, insistiò, en que ante todas cosas se le mandasse declarar, jurar, y reconocer, y que la peticion contraria se repeliera de los autos por injuriosa â muger de su esfera, é injuridica la pretension de la fianza; y conclusos los autos se proveyò por el Eclesiastico, que se arraygàra de fianzas *A.* para la seguridad de el juyzio, y de estàr à Derecho; y no executandolo, no se le admitiesse mas pedimento.

71. Apelô *A.* de esta providencia para la Nunciatura de España, dõde se llevaron los autos; y en estos terminos se interpusieron personas de la primiera representacion; y hallandose *A.* ignorante de la lengua Española, desamparada, y sin direccion, no sabiendo, ni debiendo saber la gran diferencia de matrimonio contraido, en que el Derecho no permite transac-

cion,

cion; y entre esponsales de futuro convino en transigirse en la Persona del Señor Nuncio, como amigable componedor, y firmò poder con la siniestra relacion, *por quanto tengo puesta demanda de esponsales, &c. he convenido, &c.* Siendo assi, que la referida demanda fue del cumplimiento de la obligacion del matrimonio contraido *in facie Ecclesiæ, rato, consumado,* y con prole: en el poder de *P.* se puso la clausula siguiente, *por quanto se me tiene puesta demanda de esponsales de futuro, y aun de presente, afectando olvido de la referida demanda.*

72. En virtud de dichos poderes, dicho amigable componedor diò su sentencia arbitraria, declarando por validos, y ciertos los referidos esponsales; y que en su consequencia, dentro de ocho dias casàra *P.* con *A.* y no executandolo, la dotàra en cierta cantidad; esta sentencia se pronunciò, pero por ciertas razones se quedò en este estado sin notificarla à las partes: en el mismo dia *A.* temerosa, ò advertida de si se avria dado sentencia, la reclamò, expressò sus nulidades, y protextò no le paràra perjuycio, y pidiò testimonio, se le mandò dàr, y que se pusiesse con los autos dicho pedimento, suspendiòse todo por el dicho embarazo: y passados mas de siete años, teniendo noticia, que el *P.* intentaba contraer segundo matrimonio, viviendo *A.* y no estando declarado por nulo el suyo, su razon, y su dolor la obligaron à hazer manifiesto, exclamando sobre vn tan horroroso atentado, què tuvo efecto en segundas nupcias, que con otra passò à celebrar *P.* por no permitirle otras diligencias, que sus justos lamentos, y clamores, la total falta de medios, y valedores; manteniendo siempre constantes sus desseos de seguir su justicia, hasta que muerto *P.* y aviendo tomado estado la hija con persona de grado, hizo informacion concluyente de todo con personas de la mayor distincion, que al tiempo del casamiento de *A.* residian en Flandes, la que con otra ante la justicia Real, y compulsa de todos los autos hechos en el Tribunal Eclesiastico Ordinario, y de apelacion, instrumentos, papeles, &c. se remitiò à Roma, para la justificacion de averse contraido dicho matrimonio; y en la Sagrada Congregacion del Santo Concilio de Trento ha puesto demanda, sobre que se declare por valido, y legitimamente contraido el referido matrimonio; y quando lugar no aya, y no en otra forma, por tener que probar, sin ser visto dar determinacion en la nulidad, se declare por hija legitima para

todos los efectos la dicha Prole, atenta la buena fè de ambos contrayentes, ò al menos de la dicha *A.*

73. De lo dicho se infiere, que no ay en la Iglesia Catolica prole legitima, que no provenga de matrimonio celebrado, segun sus ritos verdadero, ò existimado por tal, por la buena fè de los Contrayentes, ò de alguno de ellos; y que el contrario, ni es legitimo por no aver precedido dicho matrimonio, ni figura de èl entre los que nomina Padres, ni ficto, ni interpretativo; y que el averle puesto por legitimo, careciò de fundamento, pues ni lo tuvo por Derecho, verdad, ficcion, ni similitud, ni por otro modo, q̃ sea estimable, ni jurisdiccion el Juez Eclesiastico para mandarlo anotar por legitimo, y q̃ las razones, de q̃ se vale de Caponio, ni son del caso de este pleyto, ni aun de la especie de la disceptacion, como con mas extẽsion lo cõcluiràn las reflecciones de la parte quarta, q̃ se sigue.

PARTE QVARTA.

DIVERSAS REFLEXIONES SOBRE LO EXPRESSAdo contra D. Sancho, è implicacion de las sutilezas, de que se ha pretendido valer, que concluye en favor de los legitimos.

74. PARA fundar Caponio su opinion se vale de las mas extraordinarias, que hallò su diligencia en los Autores, y el contrario para establecer la suya de lo mas raro, y particular de la disceptacion; pero como sea preciso, que ambos acepten en el todo las doctrinas, de que se entienden aprovechar por estar en ellas, lo que les daña, con lo que suponen les aprovecha, juntas en vn tomo, por incompossibles, le serìa mas facil â el vno averlas omitido absolutamente, que hallarse convencido de su misma implicacion, y â el otro excusarla, como impertinente â este litigio. No podrà por esto dexar de ser mas prolixa, que las otras esta parte, aunque mi desseo solicitarà abreviarla, quanto pueda.

75. Son las doctrinas de los DD. no bien entendidas, ô mal aplicadas el veneno de la justicia: pues no observando las precisas circunstancias de vn Hecho, y tomando vn Derecho, que se le parezca se haze vn mixto, que ni es lo vno, ni lo otro; nuestro Derecho le llama cavilacion, porque *ab evidenter ve-*

 ris

ris per breviſsimas mutationes diſputatio ad ea, quæ evidenter falſa ſunt, perducatur. leg. 65. *ff. de regul. Iuris,* ſutilezas; Gotofredo en la gloſſ. lit. *F.* ibi: *Et ſubtiles.* Dize Caponio, es opinion ſentada, que aviendo vn Autor por el matrimonio, ſe ha de ſeguir ſu opinion contra la comun, por favor del miſmo matrimonio, y autoridad del Sagrado texto: *Quos Deus coniunxit, homo non ſeparet.* Eſta propoſicion es cierta con vna diſtincion, que omite de los miſmos, con quien la funda.

76. Los que dizen ſe ha de juzgar por la opinion, que favorece â el matrimonio, aunque ſea de vn ſolo Autor, lo entienden, quando celebrado ſe trata de diſſolverlo por nulidad, que entonces ſe tiene preſente el Sagrado texto, y eſtos miſmos tienen lo contrario en vna miſma eſpecie antes de contraerlo; por eſto del matrimonio celebrado por Procurador, que es verdadero, legitimo, y Sacramento, tiene el ſeñor Vela en ſu preeleccion, â quien cita Caponio, ſe ratifique deſpues por los contrayentes para mayor ſeguridad; ſiendo aſsi, q̃ nada pone de mas la ratificacion, que hizieron los Apoderados; porque en el miſmo acto, que ſe celebrò por eſtos, eſtèn dormidos, paſſeandoſe, ò en otros negocios los principales reciben la gracia vnitiva del Sacramento, no teniendo impedimento.

77. De aqui es, que ſi deſpues de celebrado por Procurador, obſervado lo diſpueſto por el Santo Concilio, ſe arrepintieſſen, ſe les obligaria por el Ecleſiaſtico â la conſervacion del matrimonio, y mutua cohabitacion, &c. no menos, que ſi le huvieſſen contraido por ſu perſona, ò ratificado; pues en eſte caſo, aunque no huvieſſe otra opinion, ſe declararia por verdadero, legitimo, y rato, y ſerìa obligatorio, y executivo.

78. Querer, pues, por ilacion de la primera doctrina arguir de ella contra el miſmo matrimonio, limitando voluntariamente el decreto del Santo Concilio, y afirmar, que no obſtante de aver ſu deciſion inhabilitado los contrayentes, y anulado el contrato, eſte queda en los terminos de natural; y de la ſegunda, que el celebrado por Procurador ya es legitimo, ya no; ſegun el modo, en que le parece filoſofar, es ir contra la razon formal, è immediata de la miſma opinion, diſparar contra lo mas delicado de ſus fundamentos, y valerſe de vna apariencia de ella contra ella miſma.

Afir-

79. Afirmar, que porque antes del Santo Concilio estaba prevenido por los Canones, que los esponsales por la copula subsequente passassen à matrimonio *presumptione Iuris, & de iure*, contra que no se admite prueba, subsista despues del decreto irritante con vna distincion tan debil, como que no se huviesse hecho con intencion de contraer matrimonio, si solo esponsales, que en este caso quiere quede incorrecto el Derecho comun; à diferencia de los q̃ en el principio intentaron contraer matrimonio sin la solemnidad del decreto, solo con la de los esponsales (cuya division, y distincion, ni con pinzas del mas delicado entendimiento se puede percebir) es divinar, ê inventar vn efugio, que confunda los superiores motivos para el rito, que dispuso con tanto acuerdo la Iglesia, inspirada por el Espiritu Santo, y abrir senda como permanezcan los inconvenientes, que intentò obviar, quedando à el advitrio de los contrayentes la declaracion, conservacion, ò no del matrimonio; pues celebrados los esponsales, como tales, por la copula avian de passar, como antes del Concilio, à matrimonio, quedando ilusorio su mandato.

80. Dezir, pues, que porque pocos Autores Estrangeros no conocidos, q̃ cita por dicha opinion media, ò media opinion, deben prevalecer contra todos los Canonicos, Reynicolas, sentencias, practica de vnos, y otros Tribunales, siendo contraria à el mismo matrimonio, en cuyo favor se publicò el decreto irritante, es no reparar la repugnancia de lo mismo, que dize, con lo q̃ quiere explicar, pues la razon, en que se fundaba el Derecho, como se ha visto, para pensar matrimonio en los esposos de futuro por la copula subsequente, era presumir, que su animo era de contarerlo; conque si la opinion media quiere, q̃ no tengan este animo, ni intencion, siempre en qualquiera de los dos estremos, que les falte; no observan lo mandado por el Santo Concilio; ò por defecto de intencion, no hazen contrato de presente, sino siempre de futuro, para q̃ sea valido como esponsales, pues de qualquiera suerte, que lo intenten como matrimonio actual, no siendo presente Parroco, y testigos, ni vale como matrimonio, ni como contrato.

81. Aqui es donde quiso ingerir, que la razon de contrato es separable de la de Sacramento, y que puede vn Catolico celebrarle con el respecto de puro contrato natural: supongo, que esto pudiesse ser asi (sin oponerse à la inhabilitacion del

decreto) los hijos de semejante contrato, puro, natural, no serìan legitimos, ni mas que naturales, no teniendo por ello otra succesion, que la que à estos permite el Derecho, que dicta la exclusion de Don Sancho à el Vinculo, como se tocarà.

82. Pero ni esta opinion puede permitirse, ni es composible en la Iglesia con la inhabilitacion de el Santo Concilio, para celebrar este contrato puro, que no tenga la razon de Sacramento, assi porque el Parroco no admitiria à contraer de este modo, si lo expressaba el contrayente, y sino lo expressaba, no era averiguable esta circunstancia, como porque la practica vniversal del Santo Oficio castiga à los Polygamos, como sospechosos en la Fè; y si se pudiesse celebrar el matrimonio en razon de contrato puro, serìa facil, sin recelo de esta pena dezir lo avian contraido, sin animo de elevarlo à Sacramento.

83. Controvierten los DD. como siendo el matrimonio de Derecho Divino, pudo el Santo Concilio, que no es *suprà Ius Divinum*, anular el clandestino? pues si los derechos de la sangre no puede dirimirlos el Derecho Civil, mucho menos el Derecho Canonico, lo que es de Derecho Divino; y siendo los contrayentes los Ministros, y el mutuo consentimiento explicado la materia, y la forma, parecia, que concurriendo todo ello, avia de producir su debido efecto, sin embargo de la dicha nulidad, como introducida por quien no tenia potestad para ello? Confiessan todos aquel principio, y para solucion de esta duda dizen, que estando sujeto el contrato (en que estriva el Sacramento) à la autoridad publica, y potestad de la Iglesia, de quien son subditos los mismos contrayentes, tuvo poder para con aquellos motivos, que estimo por justos, y nosotros debemos venerar, enfermar el contrato, poniendole por precisa solemnidad aquel rito.

84. De esto se infiere, que la Iglesia, quando inhabilitò à los contrayentes, para que no pudiessen contraer el matrimonio de otro modo, no entendiò tocar en cosa alguna à la razon de Sacramento, si solo en la formalidad de cõtrato: luego, ò la Iglesia no pudo, ni tuvo facultad para hazer irrito el contrato, ò la tuvo: si lo primero: luego siempre, que se celèbre el matrimonio clandestino, es valido, y tiene en sì virtud de Sacramento, mediante, que puesta la materia, y forma del contra

trato, en que no pudo menguar, ni añadir la Iglesia: pudieron los mismos contrayentes, segun esta opinion, celebrarlo como Sacramento, formalidad, en que no tocò, ni pudo la Iglesia: confirmase, de que si en lo que pudo tocar la Iglesia, que fue el contrato, anulandole esta irritacion, no es bastante, para que sin embargo de ella, y su inhabilitacion, los contrayentes celebren el matrimonio en razon de contrato, como les podrà obstar, para que no lo contraygan en razon de Sacramento, à la qual celebrado el contrato legitimamente, no pudo oponerse el Santo Concilio por su elevacion à otra esfera.

85. Si lo segundo, que es lo cierto: luego el contrato no pudo obrar algun efecto, pues *nullius entis, nullæ sunt qualitates*. y dezir, que de vnos contrayentes inhabilitados *ad sic contrahendum*, y de vn contrato celebrado por ellos, que no es obligatorio, y se debe tener de èl, que no lo huvo, *in rerum natura*, ha de resultar prole legitima: es vna repugnancia, que no ay, ni puede pensarse otra mayor.

86. De aqui es, que celebrado este contrato de matrimonio por el Catolico con el rito prescripto por la Iglesia, como es preciso lo celèbre, para que sea verdadero; la elevacion â Sacramento, no la tiene del Ministro; pues poniendo este la materia, y la forma, la elevacion la tiene de Christo, que lo hizo Sacramento, y avrà de contraerlo, como tal, ò no harà cosa alguna; pues si ninguno puede hazer, que las leyes no tengan lugar en su testamento, como ha de poder, que las leyes de su particular contrato la dèn â el testamento de Christo? Podrà estàr en su arbitrio, celebrar el contrato; pero celebrado, no està en su facultad, que no reciva la elevacion: y se confirma; de que si la Iglesia no la tuvo contra la razon de Sacramento, sino contra la de contrato, como podrà el particular oponerse, sino es absteniendose del contrato, â lo que no pudo oponerse la Iglesia por otro orden?

87. Ni contra esto puede obstar la oposicion, que haze â esta opinion, teniendo la contraria por mas probable, Poncio *dicto lib. 1. cap. 9. num. 5.* ibi: *Denique habemus pro nostra sententia tacitum consensum Ecclesiasticorum Iudicum; nam illi, qui apud nos post Baptismum ad iudaismum deficiunt, matrimonium contrahunt sine intentione faciendi, quod facit Ecclesia. Vt enim Inquisitorum testimonio constat, priùs illi privatim in suis domibus solent matrimonia*

 con-

contrahere, & posteà fingunt, se in facie Ecclesiæ contrahere, & tamen sine vlla intentione contrahendi more Christiano, quem potiùs irrident. Cùmque hæc certissimè in iudicio constent, nunquàm Inquisitores, neque in Hispania, neque extra Hispaniam Episcopi Inquisitorum ordinario munere fungentes, iudicarunt illos separandos, aut iterum debere coniugium contrahere. Cùm tamen, si ex defectu eius intentionis deficeret ratio contractus, deberent iterum contrahere, vel possent validè alteri nubere, quare Ministri, qui cum ea intentione susceperunt matrimonij Sacramentum, hoc est, celebrarunt contractum matrimonij, perpetuo carent effectu Sacramenti gratiæ, quæ in illo confertur ex opere operato.

88. Porque aunque este Autor pone por el mayor fundamento de su opinion esta razon, que como tal la coloca en vltimo lugar; yo hallo este el mas fuerte de la nuestra; pues como sea cierto, segun la doctrina del Cardenal de Luca, *in summa de matrimonio.* §. 3. *num.* 39. que vbi *simulatus, aut aliàs, ex vi, vel dolo infectus consensus esset, vt propterea actum vitiaret, adhuc tamen huius conciliaris formæ implementum, iam sequutum illum operatur effectum, vt superveniens liber, vel syncerus consensus, qui legitimam inducat ratihabitionem absque alia forma, vel solemnitate ad iuris communis limites actum revalidet; ideòque ad hunc effectum præsumpti matrimonij iam aboliti species, vel imago adhuc durat.* Por esto no determinan *iterum debere coniugium contrahere.* Pues vna vez contraìdo segun el rito de la Iglesia, no necessitaron de otra cosa, que de el nuevo consentimiento, que obrò ratihabicion, y como estos sean Christianos; pues por Apostatas de nuestra Santa Fè, les castiga el Santo Oficio, como avia de determinar *illos separandos*; si por la protestacion, que hazen, quedan reconciliados, absueltos de sus delitos, y del Ceto Catolico.

89. Menos obsta contra lo dicho, que el matrimonio de los Infieles sea legitimo, y no Sacramento, porque lo es, segun su ley, como era el de los Hebreos, segun la suya; este con la representacion, ò figura, que hazia al futuro Sacramento; y aquel, aunque sin la eficacia, por no ser Catolicos los contrayentes, con la suficiencia para recibir la elevacion, luego que entren por la puerta del Baptismo; pues immediatamente han de recibir sin mas, que permanecer en el mismo consentimiento, la gracia vnitiva del Sacramento, como los demàs Fieles, succediendo lo mismo para el coniuge, que se convierte à la Fè,

Fè, queriendo permanecer con el Infiel, que no avrà quien niegue esta gracia, por lo que à el toca, porque de otro modo no dirìa el Apostol 1. *ad Cor. cap. 7. vers. 14. Sanctificatus est enim vir infidelis per mulierem fidelem. Et sanctificata est mulier infidelis per virum fidelem. relatus in causa 28. quæst.* 1. con lo que sobre esto dize Poncio *in Appen. de matrim. Cath. cum Hæret.* lo que parece comprueba el matrimonio de la Catolica con el Herege, en el modo de permitirlo, y celebrarlo la Iglesia, el Catolico dentro de las puertas del Templo, y el Herege de la parte de afuera, como refiere de hecho proprio la Infanta Margarita de Valois, en la historia, que escriviò de sì propria, testigo de la mayor excepcion, como hablando de ella Gracian en la primera parte de su Cryticon.

90. Parece no se necessita, ni aun de tanta satisfaccion, y assi passèmos à otra cosa, que queda remitida; y es, que aunque por Derecho comun el hijo natural en algunas cosas heredaba à su Padre, *Auth. Licet. vers. Ab intestato. C. de naturalibus liber.* y por las leyes de Toro, segun muchos, que trae Antonio Gomez *in leg. 9. à num.* 47. Roxas *in epitome, cap.* 13. *&* 20. en los feudos no eran successibles à sus Padres, *cap.* 1. §. *Siquis per triginta. ver. Naturales. si de feud. defuncti cont. sit* Bart. *in leg. Ex facto.* §. *Siquis rogatus.* 1. *num.* 9. *ff. Ad Trebell.* Roxas *vbi suprà num.* 87. Molina *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 48. y lo mismo en los Mayorazgos, que *pari passu ambulant*, donde los ilegitimos estàn excluidos, sino es que con palabras expressas les mande admitir el Fundador, como tiene el mismo Molin. en el *lib.* 3. *cap.* 3. *num. vltim.* Tiraquel. *de Iure primogen. quæst.* 34. *num.* 59. Pelaez à Mieres *de maiorat. & melior. Hisp. part.* 2. *quæst.* 2. Garcia *de expensis, cap.* 3. *num.* 21. *col.* 2. y es expresso de la *ley* 40. *de Toro*, ibi: *Fijo, ò nieto, descendiente legitimo. leg.* 2. *tit.* 5. *part.* 2. ibi: *Si dexasse hijo, ò hija, que oviesse de su muger legitima.* siendo esto tan cierto, que no necessita de mas detencion.

91. Prosigue Caponio su idèa contra nuestra conclusion principal con distintos casos, y de ellos dos sistemas, vno, que de el matrimonio ilegitimo resulta prole legitima, y otro contrario, que de el legitimo nace ilegitima, y aunque sea cierto *per leg.* 64. *de reg. iur.* que *ea, quæ rarò accidunt, non temerè in agendis negotijs computantur.* Y la glossa litera *B.* que *rara non spectantur*; porque *rarò quæ fiunt, non sunt sub lege.* Y que de ninguno de los dos modos de dezir, y casos, ò especies, que indivi-

vidua en ambos medios se puede arguir contra nuestra defensa, ni en favor de la suya; todavia parece conveniente, que para eliminar la opinion de Caponio se refieran sus exemplos; graduandolos con la mayor claridad, que se pueda, y por el orden, que el haze.

92. El primero coloca al *num.* 3. en esta forma: Dos contraxeron matrimonio no observadas las solemnidades del Derecho, que suelen requerirse, sino clandestinamente: por Derecho Pontificio, este no es matrimonio, sino se llaman clandestinas nupcias, y tal concubito se entiende, que es torpe, ê ilicito; assi lo supone con el *cap. Aliter. cum gloss.* 30. *quæst.* 3. y no obstante, los hijos, que nacen de èl, como no aya impedimento dentro del grado prohibido por las leyes, son verdaderos, y se acostumbran tener por legitimos, *cap. final.* §. *Siquis verò. de clandest. desponsat.* luego el matrimonio ilegitimo *filios procreat legitimos, & iustos.*

93. El segundo trae al *num.* 4. del matrimonio putativo: que *legitimam procreat sobolem. cap. Ex tenore. qui filij sint legitimi*: porque no siendo justa la conjuncion de los Padres, por el impedimento de la ley: *Proles tamen inde quæsita legitima vndequaque existimatur.* no solo en quanto al Padre, que tiene buena fee, sino tambien para el otro, que la tiene mala; en medio, que en esto refiere diversas opiniones.

94. Passa en los *numeros* 5. 6. *y* 7. â otros casos, que tocan al segundo medio, y se referiràn despues por obviar confusion; y en el num. 8. pone otra especie de el primero medio, alternando otro fundamento al *num.* 9. que se tocarâ en esta forma: El hijo, que se casò conforme al Rito de los Romanos, contra la voluntad del Padre; que el matrimonio no era valido, y el Padre podia exheredarlo; pero que si de hecho el hijo contraìa sin esta voluntad, los hijos, que nacian de este matrimonio, eran legitimos, y continuando al dicho *num.* 9. dize con Basilio Monnero, que el matrimonio se divide en justo vno, ê injusto otro: El primero lo difine: *Quod ex omni parte perfectum est, cuique nihil omnino deest quoad solemnitates ei præscriptas*, y que à este llaman assi quatro DD. que cita, y que algunas vezes este matrimonio justo se llama legitimo: El segundo dize es injusto, y no legitimo: *Quod negletis solemnibus, quæ iura requirunt, contrahitur*, citando otros textos, y autoridades, y haziendo vna miscelanea, prosigue, que Vlpiano *in*

leg.

leg. Si vxor. ff. Ad legem Iul. de adult. dize, que esta ley pertenece â todos los matrimonios, y que el varon puede instruir su acusacion, *sive iusta fuerit vxor, sive iniusta*: y que el matrimonio, en que se omitieron *Nuptiarum pompæ*, es verdadero, y legitimo, como aya consentimiento, &c. y concluye con el caso referido en el principio de este §. del hijo, que contraxo matrimonio *invitis Parentibus*, que es injusto; pero que los hijos de èl son legitimos, como no se contrayga en grado prohibido, citando dos textos, y al dicho Basilio Monnero.

95. Estas son las doctrinas, conque intenta delinear, que de el matrimonio no legitimo resulta prole legitima; y permitiendo la implicacion, que contienen entre sì los casos, que individua en este medio con las doctrinas, que sienta, arguyo assi: si por estos exemplos especiales, que no ay otros, la conclusion no pierde la razon de regla, por donde en otro caso, que no sea de los limitados, sino distinto, y comprehendido en la regla, ha de ir contra la razon de decidir de esta? doy por supuesto sea cierto en Derecho todo, quanto en los referidos casos especiales contra la razon comun dize: porque en ellos sea injusto el matrimonio, y legitima la prole; si èl, â que quiere aplicarlos, no es de los exceptuados de la razon, y regla comun, sino muy distinto de ellos; de què sirven en el dicho supuesto caso, constante de otras circunstancias: mas propriamente, si en la especie, que defiende Caponio està constante de su hecho, no huvo matrimonio justo, ni injusto; porque no precediò alguno, ni con pompa, ni sin ella, no putativo, ni clandestina desponsacion, ni otra figura de èl, de què le sirve acumular doctrinas de casos, que en distinto concepto producen por razon especial (que no ay en el suyo) efectos disimiles? luego es gastar el tiempo en lo inutil, queriendo con materia estraña persuadir lo que no es, ni puede servir en el caso, que defiende.

96. Pero respondiendo â cada vno, no procede el primero; que intéta probar con el *cap. Aliter. 1. de la causa* 30. (*no quæst.* 3.) sino 5. en la qual especie no es cierto, que la prole sea legitima por Derecho Canonico, sino ilegitima, segun las palabras del Canon, ibi: *Aliter verò præsumpta non coniugia, sed adulteria, vel contubernia, vel stupra, aut fornicationes potiùs quàm legitima coniugia esse non dubitate, &c.* de las quales especies no resultò prole legitima por Derecho Pontificio, ni se darà texto Ca-

no-

nonico, que tal diga: Veaſe todo el cap. 19 de Paleoto, que acaba, *& in præſenti quæſtione noſtra cohabitationem illam, quoad coniuges fornicationem rectè cenſeri poſſe, quoad filios autem revoluto, vt ait Acurſius Mantello verum, & iuſtum matrimonium ſtimandum, ipſoſque legitimos habendos, quod & â Decio diverſa tamen ratione reſponſum eſt.* Y ſi huvieſſe algun Canon, que dixeſſe lo contrario, le citarìa eſte Autor, que para hazer la prole legitima nombra â el matrimonio verdadero, y juſto, ibi: *Verum, & iuſtum.* y eſto por Derecho Civil.

97. Ni contra eſto vale el argumento â contrario ſenſu del texto en el *cap. 3. de clandeſt. deſponſat.* donde el que en grado prohibido preſumiere celebrar connubio clãdeſtino, ò entredicho, aunque ignorando el impedimento, *ſoboles de tali coniunctione ſuſcepta*, diſpone, que *prorſus illegitima cenſeatur.* Luego dirà, que quando eſte connubio ſe executa en grado no prohibido, la prole debe ſer legitima; pues â no ſer aſsi de Derecho Canonico, no tenia neceſsidad el miſmo Derecho de diſponerlo en caſo de impedimento, ê ignorancia, ibi: *In gradu prohibito, etiam ignoranter ſoboles de tali coniunctione ſuſcepta prorsûs illegitima cenſeatur.*

98. Para cuya ſolucion es de ſaber, que el argumento â contrario ſenſu, no tiene fuerza en el Derecho, *quando reſultat aliquod diſſonum.* y tambien con el *cap.* 1. de eſte titulo, que la preſumpcion de Derecho, que eſtà por el matrimonio celebrado *in facie Eccleſiæ*, no eſtà por el celebrado clandeſtinamente; y por eſto el ſumario de eſte capitulo dize aſsi: *Pro clandeſtino matrimonio non præſumitur, ſed illud allegandi incumbit onus probandi.* Y el *cap.* 2. diſpone, que ſi el matrimonio ſe contraxo de tal ſuerte oculto, que de èl no parezca legitima prueba; aquellos, que lo contraen, no pueden ſer compelidos por la Igleſia â la mutua cohabitacion.

99. Tambien ſe ha de prenotar, que de tal ſuerte preſume la Igleſia por el matrimonio, y en favor de èl; que ſi dos que alias, no podian celebrarlo por algun impedimento dentro del grado prohibido, contraen de hecho *in facie Eccleſiæ*, ignorando el impedimento, mientras de èl no conſta, y dura eſta ignorancia de ambos, ò de alguno de los conyuges; el matrimonio es exiſtimado por verdadero, y como tal, la prole es legitima, que es lo que en el ſegundo caſo pone por exemplo Caponio, llamandole matrimonio putativo, como queda

no-

notado con mayor expression; y como la Iglesia tenga concedido este privilegio à los coniuges, que con buena fè, è ignorancia, no afectada, ni supina del impedimento, contraxeron publicamente, segun sus ritos, no quiso, que este privilegio de matrimonio existimado, ò putativo, lo tuviessen aquellos, que contraxeron clandestinamente; presumiendolos sabedores del impedimento, ò afectadores de la ingnorancia, ibi: *Prorsus illegitima censeatur de Parentum ignorantia nullum habitura subsidium: Cùm illi taliter contrahendo non expertes scientiæ, vel saltim affectatores ignorantiæ videantur.* Parificandolos en el todo â los coniuges, que teniendo ciencia del impedimento, se atrevieron presumptuosos à contraer sin embargo de el *in conspectu Ecclesiæ.* ibi: *Pari modo proles illegitima censeatur, &c.*

100. De lo dicho se infiere, que no declarò el texto por ilegitima la prole, porque huviessen contraido sus Padres clandestinamente, que esto lo dexò baxo de la regla comun de si pudiessen probar, ò no el matrimonio; titulo de su justa filiacion; sino porque estando en grado prohibido, quiso se presumiesse con presumpcion fuerte *iuris, & de iure,* que contraìan assi; sabiendolo, ò pretestando esta ignorancia; y como contra la fuerte presumpcion no se admite prueba, quiso que esto no le sirviesse de subsidio, y que *etiam ignoranter*, careciessen de este beneficio, no menos, que los que sabiendo el impedimento lo callaban, y contraìan *in conspectu Ecclesiæ*, contra lo que tenia concedido al matrimonio putativo, por la figura, y representacion del verdadero, como queda sentado en la *part. 2. num.* 34. y siguientes: luego no funda Caponio lo que dize à el *num.* 3. *Iure Pontificio hoc non esse matrimonium, sed clandestinas nuptias vocari, talemque concubitum turpem, illicitumque censeri*: contra el *cap. 2. de clandest. desponsat.* que llama expressamente matrimonios â los de esta calidad; ibi: *Si matrimonia ita occultè contrahuntur, quòd exinde legitima probatio non appareat.* Y contra el *cap. 1. sess. 24. de reformatione.* ibi: *Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata, & vera esse matrimonia, quandiu Ecclesia ea irrita non fecit, & proinde iure damnandi sunt illi, vt eos Sancta synodus anathemate damnat, qui ea vera, ac rata esse negant, &c.* Siendo cierto, que la Iglesia juzgarà no matrimonio, sino fornicacion, por ser tan oculto â èl, que carezca de prueba; pero del mismo modo la prole injusta, mientras no pudiere justificar el matri-

trimonio; y si se puede justificar, ni se juzgarà por ilicito el congresso, ni por injusta la prole, *sic in dict. cap. 2.* que empieza: *Quòd nobis.* ibi: *Verùm si personæ contrahentium hoc voluerint publicare, nisi rationabilis causa præpediat, ab Ecclesia recipienda sunt, & comprobanda tanquâm â principio in Ecclesiæ conspectu contracta.*

101. Tampoco obstan las dos vltimas especies por ser sentado en Derecho, que el matrimonio de los Romanos requeria vnas cosas por pompa, y la falta de estas no le hazia nulo, otras *pro forma*, y su defecto, como substancial le irritaba; y vna de las cosas, que se requeria *pro forma*, era el consentimiento del Padre para contraer el hijo, que estaba baxo de la patria potestad; porque el emancipado podia executar el matrimonio sin èl, *leg. 25. ff. de ritu nuptiarum*, y la prole por esto era legitima, ibi: *Et susceptus filius hæres ei erit.* â diferencia del sub potestate, *leg. 2. ff. eodem.* ibi: *Nuptiæ consistere non possunt* (que es palabra irritante) *nisi consentiant omnes, id est, qui còeunt, quòrumque in potestate sunt.* Y por esto el Abuelo, que tenia baxo de su potestad vn nieto de vn hijo, y vna nieta de otro, con su autoridad sola se celebraban las nupcias de ambos, *leg. 4. Eodem*, aunque esto tenia sus ampliaciones, y limitaciones; porque bastaba la ciencia, y taciturnidad del Padre, por licencia, *leg. 5. C. de nupt.* ibi: *Cognitis nuptijs vestris non contradixit, vereri non debes, nè nepotem suum non agnoscat.* Y en la ausencia de su Padre, ò apud hostes, despues de tres años podian casarse sin su licencia, ò antes de los tres años, *dummodo eam filius ducat vxorem, vel filia tali nubat, vt eius conditionem certum sit Patrem non repudiaturum.* que en este caso dize Juliano *rectè matrimonium, vel nuptias contrahi. leg. 9. & 10.* y en el de el furor del Padre, y solo podia dissentir la hija, *si indignum moribus, vel turpem sponsum Pater ei eligat. leg. 12. ff. de sponsalibus.* y esto se entendia tambien de los hijos adoptivos, cuyas bodas no eran justas, *nisi volentibus Parentibus. leg. 18. ff. de ritu nupt.*

102. Y aunque con la *ley Paulus. 11. ff. de statu homin.* y con otros textos se ha manifestado bastantemente en la segunda parte, que el matrimonio justo era, el que entre los Romanos hazia la prole legitima; para que vea el grave escrupulo, que tuvieron en lo que faltaban en parte substancial, contemple la especie *in leg. 3. C. de interdicto matrimonio, &c.* donde proponia vno al Emperador Alexandro, que èl estaba casado con vna, â quien despues de aver tenido hijos de este

ma-

matrimonio, le avian dado por Curador â su Padre, que no lo tenia en la potestad; si este matrimonio era justo, y los hijos se avian de tener por tales? La razon de la propuesta provenia del interdicto, contra que se avia celebrado, el qual, no solo prohibia el matrimonio entre la Pupila, y el Tutor, ò Curador, sino tambien de los hijos de estos; la decision fue, que *cùm ritè contractum matrimonium ex post facto vitiari non potuit*, no debia temer la justa interpretacion, de que los hijos, que tenia, no fuessen de justo matrimonio, ibi: *Iustam interpretationem metuere non debes, nè liberi, quos habetis, non ex iusto matrimonio susc-cepti videantur.* Y no obstante mandò, que en adelante, *vt autem omnis scrupulus auferatur, insistere Pater tuus debet, nec non & vxor tua, vt alius loco eius detur.* se pusiesse otro Curador en su lugar: luego es justa la sentencia, que defiende, que de el matrimonio ritè celebrado es legitima la prole, ê injusta la contraria, y correlativos, la justicia del matrimonio, y de los hijos.

103. La *ley Si vxor. 13. ff. Ad leg. Iuliam. de adulterijs.* que se estiende à todos los matrimonios, segun Sexto Cecilio, y supone, que el marido puede acusar, como tal, *sive iusta vxor fuerit, sive iniusta*, y tambien â la esposa, segun *D. Vero.* y Antonino, donde *nec matrimonium qualecumque, nec spem matrimonij violare permittitur*, no obsta, ni dize lo que quiere Caponio; pues *iusta, ò iniusta* se entiende, segun la glossa: *Bona, vel mala*, ò porque era *facto vxor, sed non iure*, ò por lo que Salzedo tiene en la *glos. 50. de su theatro honor. num. 58.* y esta justicia, ò injusticia, de ningun modo es aplicable â la prole; vease sobre toda ella la glossa, y el §. final de la misma ley, junto con aquella, *quæ quàmvis vxoris animo haberetur, vxor tamen esse non potest*, que â esta no la puede tampoco acusar *iure mariti*; porq̃ en esto solo atendiò la ley, à que con el pretexto de justa, ò injusta no se difiriesse el castigo.

104. En el otro medio pone estos dos casos: el vno, la Madre, q̃ captiva con el marido, en el tiempo de su detencion tuvo vn hijo de èl, y despues con èl, y sin su marido bolviò à la Ciudad, quedandose el marido en el captiverio, del qual hijo dize, que aunque de legitimo matrimonio, es espurio, *tanquàm sine Patre natus*, y que por consiguiente no es heredero de su Padre. El otro, el marido, que aviendo contraido legitimamente con su muger, despues prometiò castidad, haziendose Monge, y despreciando el voto *copulam cum vxore habuit*, y de

ella hijos, que estos, segun Archidiacono, eran legitimos, aunque lo contrario tiene Panormitano.

105. Passa â sacar esta conclusion, que deduce del primero: *Ergo esse legitimum, vel spurium nihil commune habet cum matrimonio.* Esta consequencia, ni tiene algo con las premissas, ni con la sentencia del Autor, y es novedad contra ella; lo vno, porque de casos especiales, como queda dicho, no puede arguirse contra la razon comun; y siendo, de los que se vale, raros, y contingentes, que asi les llama Paleoto, *cap.* 10. ibi: *Contingunt varij quandòque casus, in quibus licet animadvertere dissimilem primæ Parentum coniunctioni sobolem in lucem edi.* no pudo de ellos inferir, que ser legitima, ò espuria la prole, no tenia cosa comun con el matrimonio; pues Paleoto, de quien lo tomò, solo dize, que es disimil à su principio; porque el matrimonio se desemejò de lo que avia sido, no permaneciendo en aquel estado.

106. Lo otro, que si se atiende al texto *in leg. Cùm proponas.* y razon de decidir de èl, *cùm ritè contractum matrimonium ex post facto vitiari non potuerit: iustam interpretationem metuere non debes, nè liberi, quos habetis, non ex iusto matrimonio suscepti videantur.* Parece, que estos hijos se debian interpretar legitimos, y asi muchos tienen esta opinion.

107. Pero quando se tenga la contraria, en nada haze contra nuestra conclusion, como asintiendo â la doctrina de Archidiacono, lo prosigue con Paleoto *cap.* 1. *num.* 7. el mismo Caponio, ibi: *Nàm ad quærendam legitimam prolem, non sufficit initium bonum nuptijs adfuisse, nisi in eodem statu, & perpetuo conserventur, ità vt nullum impedimentum, non solùm in matrimonij capitulatione, sed nec in exitu, aut illius extensione nunquàm notetur: cùm ergo in præsenti post factum coniugium venit votum continentiæ.* Et infrà: *Cœpit illis non licere, quod iam licuit, cum connubium inter eos ita nunc sit quasi non esset, & incestum videtur quodammodo committere.* Luego es contrario â su conclusion, pues manifiesta, que el ser legitimo, ò espurio, no solo depende del matrimonio en su principio, pero en su progresso, &c.

108. Las *leyes* 57. *in fine, ff. de ritu nuptiar.* y la 4. *C. de incest. & inutilib. nupt.* quieren, que el que se casò con error injustamente, esto es contra *legum præcepta, mandata, constitutionesque Principum, nihil ex eodem matrimonio consequatur,* y les priva de las donaciones, como indignos, aplicandolas al Fisco, excep-

tuan-

tuando à aquellos *tam fœminis, quàm viris*, que se engañaron con grave error, conque diriman esta conjuncion, *errore comperto. Acrissimo*; leen otros. Consta, que en Roma por este error Barbario Philipo, siervo fugitivo, fue Pretor. *leg. 3. ff. de offic. Præt.* y que todos sus actos, descubierto este error, fueron dados, y tenidos por legitimos, assi el Iuris Consulto Vlpiano arreglado à otra decision de Pomponio, q̃ refiere, ibi: *Prætor designatus est, sed nihil ei servitutem obstitisse, ait, quasi Prætor non fuerit, atquin verum est Prætura eum functum*, y prosiguiendo, pregunta: *Si servus, quándiu latuit in dignitate Prætoria, functus sit: Quid dicemus? quæ edixit, quæ decrevit, nullius fore momenti? An fore propter vtilitatem eorum, qui apud eum egerunt, vel lege, vel quo alio iure.* la razon de dudar fue, que como la dignidad de Pretor era tal, que Paulo *in leg. 9. ff. de iurisdict.* le trata de Magestad, ibi: *Et contempta maiestas Prætoris vindicatur*, y su autoridad tan apreciable, que como notò la glossa de sus edictos empezaron las leyes, y no à el contrario, *quanta fuerit authoritas, eorum edicta demonstrant, quæ omnes actiones complectuntur; & quod ex eorum edictis iura addicere cœperunt; non ex antiquis legibus*; en aquella venerable Ciudad, de quien la gloss. *in leg. 2. §. 6. Vrbs venerabilis, post superbas efferatarum gentium cervices oppressas, latasque leges fundamenta libertatis, & retinacula sempiterna, vel vt fruga, parens, & prudens, & dives Cæsaribus tanquàm liberis suis regenda Patrimonij iura permisit.* Fue tan estimable la libertad, como odiosa la esclavitud; y assi el siervo por lo que tocaba al Derecho Civil, y sus actos, que de esta calidad eran los edictos, y decretos del Pretor, *pro nihilo reputabatur*, y ni podia ser Tutor; y si alguno libre empezaba à serlo legitimo: *Si erat capite minutus, desinebat esse Tutor*; el mismo Vlpiano *in leg. 5. §. 5. ff. de legit. Tut.*

109. Sin embargo de todo resuelve el Consulto, *& verum puto, nihil eorum reprobari. Hoc nanque humanius est; &c.* Sobre esta especie se puede formar vna discreta duda: si vna muger, qual merecia vn Pretor, con aquel error se huviesse casado conforme à el rito de los Romanos con Barbario Philipo, este matrimonio serìa justo, y sus hijos legitimos? O invalido, y espurios? No reparèmos en si por Pretor era comprehendido en la disposicion de la ley 38. *ff. de rit. nupt.* ò porque precedio el connubio, ò porq̃ era esposa de antes de la Pretura, ò por otra causa, ò *ex indulgentia Principis. leg. 31. ff. Eodem.* Supongamos lo justo por esta parte, siguiendo la disputa por lo q̃ toca à

sier-

ſiervo, que no podia contraer matrimonio, ſino contubernio.

110. Parece ſe deberà dezir, que el matrimonio era valido; porque ſi el aver ſido de Derecho Civil los demàs actos, no obſtô, para que eſtos ſe declaraſſen por validos: *Propter vtilitatem eorum, qui apud eum egerunt*; y la gloſſ. *Populi intereſt; eique vtile eſt decreta Barbarij valuiſſe*; y eſto *humanius eſt*; la miſma razon ſe debe contemplar en el matrimonio, donde la buena fè de la muger, y la vtilidad ſuya, y de los hijos exigen vna ſumma compaſsion. *leg.* 31. *ff. Depoſiti*, ibi: *Bona fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem ſummam deſiderat*; junto con el juſto, y grave error referido, y con la regla, de que *vbi datur eadem ratio; idem ius ſervari debet.*

111. Confirmaſe de otro caſo: vn Religioſo profeſſo, y Sacerdote fugitivo de ſu Convento, en lugar, donde no era conocido, ſe casò como ſeglar *in facie Eccleſiæ*, teniendo buena fè la muger: los hijos de eſte congreſſo ſeràn legitimos? Quien lo duda, reſpecto, de que por lo dicho el matrimonio ſerìa exiſtimado por verdadero, y los hijos legitimos, y ſuceſsibles, aunque fueſſe en mayorazgos, que llamaſſen legitimos, y de legitimo matrimonio: aſsi Jacob. Carcer. *variar. reſolut. part.* 3. *cap.* 11. *à num.* 62. citando â Baldo, à Abb. Decio Lupo, Tello Fernandez, y otros muchos, ibi: *Quòd ſi Berta acceperit aliquem Sacerdotem in maritum, credens eſſe ſolutum, & non Presbyterum ducta iuſta, & probabili ignorantia, puta, quia ille Sacerdos erat Anglicus, & ipſa vxor Peruſina; quòd filij ex tali matrimonio nati propter Matris ignorantiam cenſebantur legitimi, & naturales, & ſuccedebant in Parentum hæreditate.* y no ſolo en eſtas, pero en los Vinculos. *Et ad quaſcunq̄ ſucceſsiones*, como proſigue en los numeros ſiguientes: ſuccediendo lo proprio en los demàs impedimentos dirimentes, por ſer la miſma razon de vno, q̄ de muchos: ſiendo eſpecial en eſte caſo no ſer iguales las relaciones de Padre à hijo; pues *Pater non habet iura legitimi Patris in filium, quem mala fide, ex matrimonio putativo procreavit, bene tamen filius habet iura legitimi filij in Patrem, ob bonam fidem Matris.* Gutierrez de matrimonio *cap.* 71. y en los dos ſiguientes con mucha diverſidad de caſos, aunque en todos con reſpecto â la buena fè, ò â la aprobacion de la Igleſia, por ſer textual la doctrina, *cap. Ex tenore.* 14. *Qui filij ſint legitimi.* en las palabras *Matrem ipſius in faciem Eccleſiæ ignaram, duxerit in vxorem, & dum ipſa coniux ipſius legitima putaretur, dictum R. ſuſcepit, ex*

eadem in favorem prolis potiùs declinamus memoratum R. legitimum reputantes, con lo que previno Cancerio, vbi suprà *à num.* 105. donde con la fè de la Madre concurre la autoridad de la Iglesia; en cuya presencia contraxo.

112. Assi parece se debia determinar en la hypotesi propuesta, por parificarse, y correr lo ponderado con iguales motivos; pero en verdad, que lo contrario resolviò el Emperador Antonino, *in leg.* 3. *C. solut. matrimon.* su especie es: Vna muger ignorando el estado de Eroto, se casò con èl, como libre; despues fue juzgado siervo: la muger pidiò la dote, se le mandò pagar del peculio con lo demàs, que pareciesse le debia; pero en quanto à los hijos determinô la ley su ilegitimidad: *Filij autem, vt ex libera nati, incerto tamen Patre spurij ingenui intelliguntur.* no puede ser mas clara la decision; clame aora el contrario, donde està lo piadoso de Vlpiano en la *ley Barbarius Philippus.* dōde la buena fee de vna muger de obligaciones engañada, de vn matrimonio solemne? donde la humanidad, y clemencia, porquè executaba el desamparo de estos hijos; por ventura teniendo tanta los de esta calidad, fueron estos de peor condicion, que los de vn sacrilego? busque èl la razon de diferencia para la solucion, mientras yo passo â otra cosa.

113. A el exemplo del Ciudadano Romano, captivo con su muger, que pariò en el captiverio, y quedando en èl el marido, se restituyô à la Ciudad con el hijo; se responde, que como las legitimas nupcias entre los Romanos no podian subsistir, sin que fuessen Ciudadanos los contrayentes, incidiò el matrimonio en caso, en que no podia empezar, y como huviessen perdido con la Ciudad la libertad, no obrando el postliminio, introducido en beneficio del que se restituìa, en el del que se quedaba, no podia la muger señalar à su hijo Padre Ciudadano Romano, y por esto tuvo era espurio, *quasi sine Patre natus*: y aunque à el *num.* 6. dize con Capicio Latro, que otra cosa serìa, si el Padre muriesse en el captiverio, padeciò notable error en el Derecho, no advirtiēdo la diferencia de el de postliminio à la ley *Cornelia.* que finge *eum prima hora captivitatis mortuum, & sic liberum.* §. *fin. inst. quib. non est perm. fac. test.* y por esto *Sarmatia dum taxat Matris conditionem, quæ secum filiam duxit, videtur necessariò secuta; nam fictio legis Corneliæ, quæ legitimos apud hostes defuncto constituit hæredes; ad eam, quæ illic suscepta est, non pertinet: cùm eo tempore, quo captus est, diem suum Pater*

 ob-

obijsse existimetur. sic in leg. 1. *Cod. de postlim. revers.*

114. En el *cap.* 3. prosigue Capon. quasi las mismas doctrinas; vnas, que tienen, que los esponsales de futuro, por la copula subsequente passan à matrimonio: otras, que dizen, que el clandestino en grado prohibido no haze los hijos legitimos; pero que fuera de esta prohibicion, si se puede probar el matrimonio, aunque fuesse clandestino, son legitimos; que en quanto contrato requiere menos ceremonias para la justificacion, pues bastan las precisas de Derecho natural, respecto, de que se puede considerar como contrato, ò como acto legitimo; y que vna cosa es tratarse, principalmente entre los conyuges del matrimonio: otra la controversia sobre la legitimidad, à que es incidente la question del matrimonio, en que bastan conjeturas, assi prosigue con mayor extension, que se omite por escusar prolixidad.

115. Aqui se harà memoria, de que el contrario, ponderando las circunstancias de su nacimiento, dize, que algo mas le constituyen, que natural, como que quiere dàr â entender se tenga por legitimo, respecto, de que entre vno, y otro no ay termino medio, que explique la filiacion, que intenta persuadir; y suponiendo, que para ser natural le falta el reconocimiento de su Padre, que le tratasse de hijo, le educasse, criasse, alimentasse, é instituyesse heredero, y otras conjeturas de las onze, que juntò Noguer. *alleg.* 25. *punt.* 1. *artic.* 2. *à num.* 27. *vsque ad* 88. donde puso vltima el cumulo de todas; las que sigue Barbos. *lib.* 2. *voto* 22. *precipuè â num.* 16. y la *ley* 9. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* Covarr. *cap.* 8. *de matrim.* §. 3. *num.* 1. Gutierr. *lib.* 2. *pract. quæst.* 111. y q̃ aunque fuesse natural, no podia succeder en este Vinculo, como queda sentado; aunque se le cõfessasse, que le sobraba mucho, nada le sirviera para salir de la esfera de natural, pues con todo no rayàra en la linea de legitimo.

116. Que el matrimonio clandestino no haga los hijos legitimos, lo manifiesta Gutierr. *de matrim. cap.* 73. donde excita la question, de si son legitimos los hijos del matrimonio celebrado *coram Parrocho, & testibus*, en que faltaron las amonestaciones, ibi: *Non præmissis, nec remissis per Ordinarium denunciationibus, de quibus in Concilio: quod quidem* (dize èl mismo) *nullo impedimento dirimente stante, validum est, &c.* con lo que observa en la diversidad de opiniones, que cita hasta el *num.* 4. y si en este caso ay duda sobre la legitimidad de los hijos, no parece debe re-

du-

ducirse à disputa, atento à lo irrito del contrato, en el otro.

117. Tenemos probado con muchos AA. *supr. part. 2. à num. 33. ad 36.* que los esponsales despues del Santo Concilio por la copula subsequente no passan â matrimonio; trata esta question â favor de esta propuesta plenamente Gutier. *de iuramento confirmatorio, part. 1. cap. 51. & in tractatu de matrimonio, cap. 40.* y otros muchos Canonistas, y Morales; basta por todos la autoridad de Luc. *in summa de matrim.* §. 3. *num.* 27. ibi: *Moderna verò insinuata Tridentini Concilij lege attenta, præsumpti matrimonij species abolita est, formæ tamen ab ea statutæ adminiculativa non exclusa probatione*; de forma, que en quanto â esto se ha hecho visible, que despues del Santo Concilio no puede aver matrimonio legitimo, verdadero, ni presumpto, no constando se executò arreglado â el decreto; y que como quiera que falte este rito, son injustos, ê ilegitimos los hijos, en cuyos terminos està el discurso, que media en la disceptacion de Caponio, como queda referido en la introduccion. 1. *part. num.* 15.

118. No ay otro equivalente, que el expressado por el decreto, que supla: porque faltando el Parroco proprio, ò existimado tal con buena fê, aunque huviesse el mutuo consentimiento de los contrayentes, explicado en la mas amplia forma delante de muchos mas testigos, ò la mas solemne deduccion de la esposa â la casa del esposo, no pueden hazer matrimonio, y de este modo entienden todos el *aliter* del decreto, &c. Dize el contrario, que el Santo Concilio no hablò, ni dispuso cerca de la prole; y que assi quedò incorrecto en quanto à ella el Derecho antiguo; concedamoslo assi, y demosle demàs, que estamos en el tiempo antes del Santo Concilio, por ventura *nunc, prout tunc.* podrà ser legitimo? â mi me parece que no, y que el mismo testimonio del juyzio Eclesiastico, en que lo intenta fundar, destruye su pretension.

119. Pregunto assi: Antes del Santo Concilio no avia esponsales de futuro, y matrimonio de presẽte? No puede negarlo, porque consta del *lib. 4. decret. tit.* 1. *de sponsalib. & matrimonio*, y la diferencia de vno, y otro, se vè de los *cap.* 1. y 2. *eodem titul.* buelvo â preguntar: Si en aquel tiempo se huviesse puesto la demanda de esponsales de futuro, como aora; y la sentencia, que passò por executoriales, condenasse â Don Sancho à contraer de presente con aquel rito, y constasse, como aora, que antes de celebrarse el matrimonio, avia muerto la

que

que avia de ser esposa, estè se dirìa matrimonio? ò se quedaria en la linea de esponsales de futuro? Ninguno dirà lo primero, y todos convendràn en lo segundo: la prole, que no era entonces de matrimonio de presente, era legitima? De ningun modo; luego menos lo podrà ser aora.

120. Podrà dezir, que entonces era verdadero matrimonio, y la prole legitima, si aviendo verdaderos esponsales se subseguia la copula, y que de ambas cosas haze plena justificacion el testimonio; pues conteniendo la demanda, que en èl se inserta, la palabra de casamiento, y la copula serìa matrimonio legitimo antes del Concilio, ê igualmente la prole: podrà dezir mas, que el aver puesto la demanda de esponsales de futuro, fue, porque despues del Santo Concilio no podia ponerla de otro modo; y en ello mismo està la solucion; porque Gutierr. *in tractat. de matrim. cap.* 11. tiene, que el clandestino sin Parroco ni testigos, no obliga ni aun como esponsales, aunque los contrayentes tengan animo de obligarse en aquel mejor modo, que puedan, y aunque aya copula con estupro, y entonces, y aora era necessario justificar el matrimonio conforme â el rito de vno, ù otro tiempo; y como queda sentado ni la copula sin los esponsales; ni antes de ellos, ni despues; sino era con afecto marital, no causaba matrimonio, que se hazia por el consentimiento, y animo explicado de los mismos contrayentes, que distinguian la promessa de lo prometido, y lo futuro de lo presente, como queda notado supr. *part.* 2. *num.* 40. ni menos consta del testimonio, que huviesse esponsales, porque el estupro solamente mereciò la sentencia. *cap.* 1. *&* 2. *de adult. & stup.*

121. Es verdad, que la causa de matrimonio se puede contemplar, ò como principal, ò como incidente: asi Jacob. Cancer. *cap.* 11. *de sponsalibus, & matrimonio à num.* 98. y que entonces *matrimonium dici deductum in iudicium principaliter, quando disputatur inter virum, & mulierem, quorum vnus asserit, alter negat contraxisse: tum vel maximè, quando agitur de impediendo alio matrimonio. Et tunc matrimonium plenè probandum. Et tunc dici deductum in iudicium incidenter, quando est sola contentio in iudicio legitimitatis filiorum, & seu successionis: Et isto casu coniecturas, & præsumptiones ad probandum matrimonium sufficere dicit*, con Monaldo *conc.* 68. *volum.* 1. pero esto lo entiende à el *num.* 92. de esta forma: *Verum est, vt aliter matrimonium inter aliquos esse; prætendi ne-*

nequeat nisi contractum sit secundùm formam Concilij Tridentini, sed non tollit Sacrum Concilium, quòd si matrimonium reperiatur contractum, & vellit probari legitimè contractum, secundùm formam legis Conciliaris, quòd id per coniecturales probationes probari non possit. Et sic hoc matrimonium præsumptum, seu verius, quod ex coniecturalibus probationibus matrimonium iam contractum præsumatur aliquod legitimè contractum, & secundùm formam Conciliarem, id non est per Sacrum Concilium sublatum, vt probè censuit Monaldus, &c. Concluyendo, que lo que no immutò el Concilio fue la forma dada para la justificacion de la filiacion por el Derecho antiguo de aquellos, que contraxeron segun su Rito; *vnde*, como ni el pleyto, ni en la especie de Caponio se huviesse llegado â contraer matrimonio, ni con el modo del Derecho antiguo, ni conforme à el Rito de la disposicion Conciliar; ni sirve, que por incidencia basten probanzas conjeturales, ni lo demàs, que se pondera.

122. Prosigue Caponio al *num.* 7. vna especie de Hartmanno Pistorio *observat.* 83. *de sus forenses*, que dize es en individuo la suya, en esta forma: Vno prometiò à vna muger donzella clandestinamente, que la avia de recibir por su muger, y despues la conociò; pero antes que las bodas se celebrassen solemnemente, muriò: preguntase, si el hijo, que naciò de ella, aviendola conocido con afecto de marido, debia succeder à el Padre defunto, como hijo legitimo? y afirma, que este Autor defiende, que si; y el lo prueba, de que los clandestinos matrimonios son contra las leyes; pero que contraidos, *si ex legitimo voto subsequente corroborantur*, no pueden dissolverse.

123. No he visto la observacion, ni sè mas de ella, que lo que consta de la relacion, que queda hecha; pero en ella misma està la solucion: Es asi, que las bodas no se avian celebrado solemnemente; assi se dize, pero pudieron averse executado sin pompa, ni solemnidad, no necessaria para la validacion del matrimonio, ò averse corroborado *ex legitimo voto subsequente*, como èl mismo afirma, que monta tanto; si la especie huviesse sido entre esposos de futuro solamente, dixera bien se parecia à la suya; pero teniendo circunstancias, que persuaden justo matrimonio, ò pudiẽdo ser antes, ò donde no se observa el Santo Concilio, pudiera traer con mayor similitud muchas doctrinas mas en terminos de AA. q̃ escribieron antes, como el Abb. Panormitano, Ysernia, y otros, siẽdo lo mas cierto, que

 allì

alli se tuvo por matrimonio, juzgandolo por las leyes del Derecho comun, quando tanta parte tenia la presumpcion en los connubios.

124. Tenian por costumbre antigua los Romanos conducir la esposa velada la vispera del matrimonio, con hachas, y antorchas à la casa del esposo, à este acto se llamaba solemne deduccion, refierelo Gotofredo *in gloss. ad leg.* 15. *ff. de condit. & demonst. lit. Q.* ibi: *Vetus mos Romanis fuit, in mariti domum novas nuptas traducendi, vt hinc colligitur, &c. Vespere autem domum vxores transferebantur tædis ; ac facibus præeuntibus, noctu enim nubebant. Festus eam ob causam in Catul. Epithalamio noctem imminere pueri, & puellæ monent: Porro velatæ deducebantur...Deus, qui huic solemni deductioni præerat Domiducus dicebatur... Domus ipsius postes inungebantur, vnde vxoris, sive vnxoris nomen... Ex hoc more promanavit id, quod precisè dicimus, vxorem ducere sub intellecta voce domum; plenè verò, ac perfectè dicimus vxorem domum ducere.*

125. No siempre se hazia esta deduccion con aquella pompa, y aparato, como se vè de otras leyes, si bien avia otras diversas ceremonias, de que trata Salzedo *in Theat.hon.glos.* 50. *à num.* 54. para que fuesse Madre de familias la muger casada, ò *per vsum, per confarreationem, vel per coëmptionem*: que explican los Autores, que cita; modos, conque la muger casada salia de la patria potestad, y passaba à el poder del marido, pues estos no pertenecian â la substancia del matrimonio.

126. La explicacion de vna antinomia, que leìdas parece contienen dos leyes, *tit. ff. de ritu nupt.* serà la respuesta de la hypothesi propuesta, manifestando nuestra idèa, son la 5. y 6. del *tit.* en aquella Pomponio dize, que la muger ausente, ni por letras, ni por Nuncio suyo puede casarse, ibi: *Eam verò, quæ abesset, ex literis, vel Nuncio suo duci à marito non posse.* En esta dà nombre de muger casada, y con obligacion de llorar al marido (Vlpiano) aviendose casado ausente, ibi: *Qui absentem accepisset vxorem, deinde rediens à zena iuxta Tiberim perijsset, ab vxore lugendum.* La razon de diferencia està en dos precisas circunstancias: La vna, que las letras, ô el Nuncio no sean de la muger à el marido, sino à el contrario; la otra, que con efecto la esposa sea traducida â la casa del domicilio del marido, Pomponio *in dict. leg.* 5. ibi: *Mulierem absenti per literas eius, vel Nuncium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur.* la glossa de

Acur-

Acursio dize, que *Mulierem* era vna esposa de futuro, ibi: *Berta erat vxor mea per verba de futuro*; que imbiè por ella mis letras, ò poderes, y vino â mi casa *misi pro ea literas, & venit ad domum meam*, que en este caso es matrimonio presumpto, *præsumitur iam vxor*, pero que si ella embiò por mi, no se presumirà assi, dando la razon, porque *Mulier sponsa ad domum sponsi, frequenter vadit, vt vxor; sed homo ad domum sponsæ non sic vadit, vt vir*. Y assi concluye Pomponio, *deductione enim opus esse in mariti, non in vxoris domum quasi in domicilium matrimonij*.

127. La especie de Vlpiano no se opone â la antecedente, antes segun la glossa es extension de ella, embiò, pues, aquel esposo sus Nuncios, ò Amigos por la esposa ausente, y se traxo à su casa, cenò con ella, y despues saliò à pasearse à el Tiber, donde se ahogò: *Quæritur an sit lugendus ab ea, vt vir*? La razon de dudar fue, que *nondum in cubiculum mariti venerat*; y responde, *quòd sic*, dando la de decidir por esta consequencia, *est ergo ipsa vxor præsumptio ne Iuris*. Y por esto Paulo *in leg*. 7. immediata dize, se dâ caso, en que *aliqua virgo, & dotem, & de dote habeat actionem*. y Acursio, vbi suprà, *& repetit dotem, & tamen est virgo, hoc dicit, cum duabus legib. sequent. Bibianus*, y el mismo Vlpiano *in dict. leg*. 15. *de condit. & demonstrat*. que â la que se legasse con esta condicion, *si in familia nupsisset*, se entiende cumplida, *statim atque ducta erit vxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit*, y dà por fundamento de esta decision, que *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*. Luego en el caso de Pistorio huvo alguna razon de matrimonio presumpto, para el qual la copula sola no bastàra, porque *non concubitus, sed consensus facit*, lo que sin duda faltô en la especie de Caponio, y no huvo en la de el pleyto; pues en vna, y otra faltò el matrimonio; y en esta huvo resistencia absoluta contraria â el consentimiento: conque la calidad de legitimo no le avia de venir del viento, teniendo las reglas, que quedan sentadas para su verdadero conocimiento en el matrimonio, que *omni Iure favorabile est, ob publicam causam, iustos ex eo liberos suscipiendi, &c*. que dixo el señor Vela *dissert. 7. num*. 12.

128. Y omitiendo, por no prolongar mas esta obra, otras muchas consideraciones, que proceden contra la doctrina de Caponio *pro Coronide*, de las que militan contra Don Sancho, y en favor de los legitimos, *notandum est*; que no solo la regla comun està contra su pretension sentada con las mas ciertas opinio-

nio-

niones de nuestra Facultad; pero todas las ampliaciones, limitaciones, sublimitaciones, y falencias, q̃ en esta materia he observado con la mas puntual atencion; porque aunque es constante de los *capitulos* 3. *de ord. cong. y* 5. que empieza: *Lator, qui filij sint legitimi:* que la causa de natividad, y legitimidad es de tal modo privativa de la jurisdiccion Eclesiastica; que aunque incida esta question por excepcion ante el lego, se suspende la causa principal, y se remite la incidente à la determinacion de el Eclesiastico, que tiene Barbos. *de offic. & potest. Episc. part.* 3. *allegat.* 84. *præcipuè à num.* 16. y en terminos de Mayorazgos el señor Larrea *decis.* 8. *num.* 31. 32. *y* 111. con otros muchos; como en los del pleyto conste de positivo, no huvo matrimonio, cessò en el Eclesiastico la qualidad atributiva de la jurisdiccion, y el fundamento para averle mandado anotar por legitimo.

129. Ni se podrà dezir por el contrario, que este caso no es proprio de la jurisdiccion Real, porque en el pleyto no se trata causa matrimonial, no espiritual principal, ni incidente; pero ni se conoce de hecho, en que pueda aver duda; antes se supone, y se prueba con testimonio de juyzio competente no huvo el matrimonio: conque solamente se trata de vn negocio merè temporal, y en que la otra parte intenta deducir la pretensa legitimidad de vn contrato puramente natural, ò civil, de que sin disputa, aunque le huviesse, de esta calidad conoceria el Magistrado Secular, no menos, que de vn matrimonio entre Infieles, si en su territorio se ofreciesse question sobre la herencia, y legitimidad de sus hijos, ù otra tal, de que no conoceria el Eclesiastico, por faltarle la precisa circunstancia atributiva de su jurisdiccion, y aun el señor Larrea en el lugar citado *num.* 83. fue de contrario sentir, siendo el caso de vna dispensacion *in radice matrimonij* (que se tocarà infrà) ibi:

Decisio: *In hac controversia semper ego censui dispensationem non sperari in præiudicium eius, cui successio delata, aut competere potest, vt licèt operetur dispensatio legitimitatem, non tamen in alterius damnum.*

130. Faltò assimismo motivo de justicia para decretarlo, aunque se le concediesse jurisdiccion, pues no se hallarà ley, texto Canonico, ni doctrina de Autor, que justifique semejante decreto; pues aunque Garcia *de nobilit. glos.* 21. *num.* 85. *vers. Adde tamen.* mueve vna duda, si en pena del interessado, que estorvò à el Padre legitimasse *per subsequens matrimonium* à el hijo,

jo, este se deberà tener por legitimado? ibi: *Ita vt caliditate sua impediat matrimonium: an Princeps debeat hunc legitimare, ita vt succedat in maioria? & videtur, quòd sit iusta causa legitimandi etiam ad maioriam, in qua aliàs non posset succedere, nisi natus ex matrimonio, &c.* Si â esta similitud pudiesse obrar algun efecto, serìa, que assi como legitimado el hijo de *concensu Patris quoad eum habetur pro legitimo.* Luc. *de dot. disc.* 39. *num.* 7. legitimado en pena de la inobediencia de su Padre (dada, y no concedida esta facultad) servirìa solo para heredar sus bienes, *in pœnam ipsius Patris.* Pero como penal, y odiosa esta no vista especie de legitimacion, no podria estenderse en perjuyzio de la disposicion de vn tercero Eclesiastico, que fundò este Vinculo en favor de los verdaderamente legitimos.

131. Si estuvieramos en terminos, de que el Vinculo huviesse de passar â estraños, por averse acabado las lineas de los parientes legitimos, y se le confessasse legitimado, podria ser de alguna consideracion con el *disc.* 222. *num.* 13 *de fideicom.* de Luc. pero que por pena de la inobediencia del Padre aya de excluìr *aliud genus legitimum* el ilegitimo, es cavilacion voluntaria; y se comprueba de lo que sobre esto tiene el Ilustrissimo Caramuel en su Phelipe prudente, *lib.* 5. *disp.* 3. *quæst.* 3. *art.* 3. *precipuè â num.* 114. *&* 126.

132. Si los que nombra Padres Don Sancho, huviessen contraido matrimonio despues del pleyto, no se denominarìa legitimo, sino legitimado: y sin esta precisa circunstancia se nombra legitimo, queriendo, que porque el Fundador no llama con reduplicacion legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, constante èl, le sirvan aquellas doctrinas, que ay, quando ocurre esta duda entre legitimos, y legitimados, lo que no es aplicable à su intento, porque no siendo legitimo, como se ha visto; ni legitimado de algun modo de los que prescribe el Derecho, ni *per oblationem Curiæ, nec per rescriptum* no tiene esta calidad.

133. Conque cessa la question, que trae Marescoto, *lib.* 2. *Var. cap.* 88. *An legitimatus excludat substitutum sub conditione, si hæres decesserit sine filijs legitimis, & naturalibus, & quid si verba substitutionis sint concepta de natis ex legitimo matrimonio, &c.* con las ampliaciones, y limitaciones, que tiene. Cessa la duda de si la legitimacion es favorable, ù odiosa, y qual sea màs operativa; si la del rescripto, la por oblacion â la Curia, ò la que resulta

del subsequente matrimonio, de la que dixo Luc. *disc.* 224. *num.* 2. y 5. que *quandoque magis abhorriti sunt legitimati per subsequens matrimonium, quàm per rescriptum.*

134. Y si para estas especies de legitimacion, que conociò el Derecho, suponen preciso los Autores el consentimiento del Padre, y que este no huviesse podido contraer matrimonio con la muger, de quien tuvo el hijo; y quieren los mas que se citen los parientes, como interessados, para que les perjudique, y que el Principe quiera perjudicar à el Derecho de tercero; como podrà obrar vna declaracion, de quien no tuvo facultad, quando el que la tiene observa para mandarlo las referidas circunstancias, y otras muchas, que prolixamente disputan los Autores?

135. Es el legitimar regalia propria del Principe, Luc. de fideicomm. *disc.* 68. *num.* 15. no siempre, el que legitimò, se tiene por verdadero legitimo el mismo num. 14. porque quando el Testador sintiò expressamente de los legitimos, no vienen los legitimados *disc.* 222. *Eodem. num.* 4. el Principe se ha como interprete de la voluntad del defunto, y no entiende derogarla por clausulas generales, Marescoto vbi suprà *num.* 6. el legitimado nunca excluye al substituto *contra voluntatem testatoris, etiam tacitè collectam, num.* 7. en nuestros Reynos el legitimo, y legitimado, se distinguen con terminos proprios, y voces, que la vna no es la otra, porque no se convierten entre si: luego por ningun medio debe admitirse el contrario.

136. Que los legitimados no deban admitirse â los mayorazgos: Mieres 2. *part.* à *num.* 1. Tiraquello *in tractatu de primog. quæstione* 34. *num.* 1. Gregorio Lop. *in leg.* 4. *tit.* 15. *part.* 4. muchos tienen la exclusion en el legitimado, *per subsequens in articulo mortis.* Mieres, vbi supr. *num.* 13. que el acto de legitimar sea proprio de su Santidad, y no de otro alguno, que no tenga especial privilegio para ello, como son los de Campeggijs, y los del Colegio del Archivo, es notorio, como q̃ las legitimaciones de estos no obran en perjuyzio de tercero, como ni tampoco en perjuyzio de los substitutos en los bienes sugetos à restitucion, como lo declarò la Santidad del Señor Pio IV.

137. No se duda de la potestad del Soberano para derogar el Derecho de tercero, legitimando â el que no es legitimo, aunque sobre lo licito de este precepto tiene Mieres, vbi

supr.

supr. à num. 64. vsque ad 68. quòd licitè non potest, nisi in duobus casibus: Primus, vbi filij illegitimi per testatorem non excluderentur à maioratu, quia tunc solùm remaneret impedimentum Iuris, quod â Principe sua dispensatione aufferri posset. Secundus, vbicumque generatio, & posteritas testatoris, tam descendentium, quàm transversalium esset ità extincta, quòd non adessent filij, aut descendentes, vel transversales legitimi procedentes ex familia testatoris. Las questiones son regularmente cerca de la voluntad.

138. El Juez Ordinario inferior â el Papa, ò â el que tiene sus especiales facultades, no es capaz de legitimar; y aunque puede por su sentencia declarar legitimo, à el que lo es por Derecho, si lo determina, ô declara legitimo sin arreglarse â los Sagrados Canones; no obra como Juez, sino como particular, ni causarà algun efecto su resolucion; pudo Don Sancho casarse, ò sugetarse à el castigo; no quiso executar lo primero, sufriendo el rigor de la sentencia: luego ninguna causa justa, ò existimada huvo para determinar legitimo al hijo, que èl ni reconociò, ni le instituyò heredero, ni le tratò con semejante titulo en el legado, que le dexa.

139. Quando su Santidad dispensa en algun grado de parentezco, que avia entre los conyuges â el tiempo de la celebracion, sobre que puede suscitarse alguna duda sobre la legitimidad de la prole, por lo que en ello pudo faltar en todo, ò en parte la buena fee, ù otra circunstancia, lo haze *in radice matrimonij*, para obviar los pleytos, que de ordinario se ofrecen cerca de la succesion. Molina *lib. 3. de primog. cap. 2. num. 12. §. Si vero, &c.* ibi: *Prolesque legitima efficietur, ac si à principio legitimum fuisset.* Barbos. *lib. 2. voto 27. per totum.* Para esto es necessario, que preceda *aut maritalis affectus cum copula, aut matrimonium de facto contractum.* Este es efecto de la summa potestad, ibi, *num. 2. Ob clavium enim summam potestatem Papæ, &c.* Y no obstante, aun en estos terminos ay por la opinion contraria muchos Canonistas, y Theologos, siendo especial modo entre las legitimaciones, y privativo del Summo Pontifice; à quien toca la potestad de legitimar para los efectos espirituales, y tambien para lo temporal en las tierras sujetas â la Iglesia: assi Gregorio Lopez, *leg. 4. tit. 15. 4. part.* ibi: *Princeps sæcularis potest legitimare, quoad omnia temporalia tantùm: Papa autem quoad spiritualia dumtaxat: Et etiam, quoad temporalia, vbi habet temporalem iurisdictionem.* Con lo que dixo

lit.

lit. *G.* y los que cita el Iluſtriſsimo Caramuel *dict. lib. 5. diſp. 3. art. 2.* Luego, ò ſe deberà dezir, que el Ordinario Ecleſiaſtico tuvo mas facultades, que ſu Santidad (que es abſurdo) ò ſe deberâ confeſſar, que quando pudieſſe decretar la legitimidad, no puede ſervir para lo temporal: conque por todos medios queda convencido el contrario, que podrà colocar ſu imaginada legitimidad baxo del titulo *Conflictus legis, & rationis*, que diò Luca â caſos de eſta calidad: porque juſtamente eſperan obtener los legitimos ſentencia favorable de la Superior comprehenſion de la Sala; y para que ſe vea â qual de los dos Opoſitores pertenece el Vinculo: Paſſarèmos à la quinta, y vltima parte de eſte Informe.

QVINTA, Y VLTIMA PARTE.

QVE LA REPRESENTACION A DON PEDRO DEL Caſtillo, ſu Padre, de que pretende valerſe Doña Ana Maria del Caſtillo, para aver ſuccedido en eſte Vinculo, no puede aprovecharle contra la clara juſticia de Doña Juana Joſepha de Aranda y Caſtillo, ſu Prima.

140. PARA LA COMPREHENSION DE ESTE PVNTO SE DEBE prenotar, que el Fundador llamò à la ſucceſsion de eſte Vinculo en primero lugar à D. Pedro del Caſtillo Cataño, ſu ſobrino (vltimo Poſſeedor actual, cuya vacante ſe eſtà litigando) y por ſu muerte à D. Sancho del Caſtillo Cataño (hermano del referido) y ſus hijos legitimos; y â falta de eſtos, â los de Don Alonſo del Caſtillo (tambien ſu ſobrino) con los llamamientos regulares de preferécia del mayor à el menor, y el varon à la hembra (en cuyo eſtado eſtamos) porque aviendo muerto el primero llamado, y el ſegundo ſin dexar hijos legitimos: llegò el caſo del llamamiento de los de el dicho Don Alonſo del Caſtillo, de quien ſon nietas las dos Opoſitoras Doña Juana Joſepha de Aranda y del Caſtillo por Doña Elvira Petronila del Caſtillo, ſu Madre (hija mayor del dicho Don Alonſo) y Doña Ana Maria del Caſtillo por D. Pedro del Caſtillo, ſu Padre (quarto genito del dicho D. Alonſo, y hermano menor de la dicha Doña Elvira) omitiendo referir otros hijos varones, y hembras de Don Alonſo, por no conducentes à el pleyto.

141. En el qual consta, que por muerte del dicho D. Pedro del Castillo Cataño (primero llamado) salieron pretendiendolo, y se les diò la possession en vn mismo dia ante distintos Juezes al dicho Don Francisco del Castillo Camuñas, y Don Sancho del Castillo Cataño y Torres (de quien se ha tratado en las partes antes de esta) y que pendiente el litigio entre estos, sin que huviesse avido determinacion, muriò el dicho D. Francisco, superviviendo la dicha Doña Elvira Petronila, su hermana, por cuya muerte pretende la dicha Doña Juana Josepha, su hija, averse deferido en ella la succession de este Vinculo; y por ministerio de la ley la possession civilissima; como en la dicha su Madre, por el mismo ministerio; luego que muriò el dicho Don Francisco del Castillo, litigante; y con este motivo ha salido à el pleyto.

142. La dicha Doña Ana Maria del Castillo dize, que en ella se ha transferido, como hija del dicho Don Pedro, varon, à quien representa, sin embargo de aver premuerto el dicho su Padre, quando estaba ocupada la succession por el dicho Don Pedro del Castillo Cataño (vltimo posseedor actual, que fue) cuya relacion es puntual à el processo, y en este Hecho estàn conformes las partes.

143. Ajustado el Hecho, de donde nace el Derecho, y el fundamento de la pretension de cada vna: para manifestar la justicia de Doña Juana Josepha, parece conveniente tocar los principios, y reglas para el modo de succeder en los bienes vinculados: Estas son comunes â los Mayorazgos, Vinculos, Patronazgos, y Aniversarios, segun la Pragmatica del año de 1615. que refiere Robles *de repræsent. lib. 2. cap. 29. num. 25.* y se observan en los AA. que escribieron de esta materia, en esta forma:

144. En primero lugar se ha de considerar la linea: en segundo el grado: en tercero el sexo: y en quarto la edad: la linea, ò es de substancia, ò de qualidad: La primera *datur in Maioratu regulari, vbi voluntas Institutoris non desiderat vllam qualitatem*; à diferencia de la otra, *quæ componitur ex illis personis, in quibus concurrant qualitates naturales, sive accidentales, quales Institutor Maioratus desiderat*. Y omitiendo esta con las subdivisiones, que tiene, por pertenecer à los Mayorazgos irregulares, y ser el presente regular; la de substancia es *illa, in qua naturaliter comprehenduntur descendentes, ascendentes, ac transversales, absque dis-*

tinctione marium, & fœminarum, concessa inter eos prælatione, attenta linea, gradu, sexu, & ætate. assi Roxas *de incompat. part. 1. cap. 6. §. 20. num. 299.*

145. Esta linea se debe contemplar de dos modos, ò del vltimo Posseedor, ò del primogenito, ita D. Molin. *aut quærimus de linea vltimi Possessoris, aut de linea primogeniti*; si de aquella, *non dicitur efficere lineam; nisi ille, qui in Maioratu succesit*; si de esta, *is, qui primò natus fuit, illicò ius primogenituræ acquisivit.* De forma que la primera linea se constituye por la Real, y efectiva succesion en el Vinculo; y la segunda, por la esperanza en habito, y derecho cierto de succeder, *suo loco, & tempore.*

146. Es asimismo principio cierto, que *cùm Maioratus succesio in proximiorem semel ingressa fuerit, non potest ad alium etiam proximiorem transire; donec is, qui semel in Maioratu succesit, atque omnes, qui ab illo processerunt, deficiant: ea namque est primogeniorum natura, vt quoties eorum succesio in vnam lineā ingressa fuerit, non valeat fieri transitus ad aliam, donec ex illa linea aliquis superfuerit.* ita D. Molin. *de primog. lib. 3. cap. 10. num. 10.* Roxas *vbi sup. §. 19. num. 293.* y en esto vân conformes los AA. como en que la succesion no puede estâr *impendenti*: porque muerto el vltimo Posseedor *illicò ad proximiorem defertur*. D. Molin. *num. 38. Statim mortuo vltimo Possessore in sequentem, qui eo tempore proximior invenitur, transire debet.*

147. His suppositis: luego que muriò D. Pedro del Castillo Cataño, vltimo Posseedor, la succesion se defiriô en Don Francisco del Castillo Camuñas, immediato successor, en quien, como hijo varon mayor de Don Alonso, estaba la linea de la primogenitura, que era la esperanza cierta, y habito para la sucesion; porque aunque Doña Elvira, su hermana, era mayor de edad, como hembra de la misma linea, no pudo prevalecer contra el varon; pregunto, muerto Don Francisco, à quien se defiriò la succesion del Vinculo? Si se atienden las reglas, que quedan referidas, la Successora legitima fue Doña Elvira Petronila del Castillo, su hermana mayor; porque se hallò hasta su muerte en la linea recta del primero llamado, contentiva de el vltimo Posseedor, vn grado mas cercana, de igual sexo à Doña Ana Maria, y mayor en edad; si à los llamamientos, que hizo el Fundador, en que prefiere el mayor a el menor, y el varon â la hembra, de no dezir lo proprio seria ir contra su expressa voluntad; pues no aviendo, quando se veri-

ri-

rificò la succesion, varon de la linea efectiva de Don Alonso, es preciso confessar se defiriò en la hembra mayor; ni puede obstar, que Don Francisco no fuesse declarado Posseedor, ni Doña Elvira, su hermana, ni la detentacion de tanto tiempo de Don Sancho: Matienzo *in* 5. *Recopil. glos.* 4. *leg.* 8. *num.* 2. ibi: *Et quamvis longo tempore post mortem Possessoris verificetur, quis sit verus successor, ab eo mortis tempore incepit possidere, non à tempore sententiæ, seu declarationis, vt constat ex lege nostra. Nullo siquidem tempore vacare dicitur possessio; quare, qui eam appræhenderit, cùm non sit verè successor, dicitur vim facere; atque ideò competit interdictum recuperandæ.*

148. No se duda, que el mas proximo à el tiempo de la muerte del Posseedor, es en quien se defiere la succesion, esta proximidad se hallò à el tiempo de la muerte de Don Francisco en Doña Elvira, su hermana; respecto de Doña Ana Maria del Castillo, su sobrina, conque en aquella, y no en esta se defiriò la succesion, D. Molin. *cap.* 10. *num.* 3. *vers. His igitur, &c. Considerandam esse proximitatem tempore mortis vltimi Possessoris, seu delatæ ipsius Maioratus succesionis.* Et *in cap. antecedenti num.* 11. *respectu vltimi morientis consideranda est.*

149. Dos tiempos debemos considerar en Doña Elvira del Castillo correspondientes à las dos lineas referidas; el vno, en que fue primogenita, como *maior natu* de Don Alonso, y adquiriò en habito para su debido tiempo el derecho de la succesion con esperanza cierta; aunque expuesta, à que si tuviesse hijo Don Alonso, le precediesse; por ser naturaleza de los Mayorazgos, que el varon de la misma linea excluìa à la hembra: D. Molin. *cap.* 2. *num.* 34. *lib.* 3. ibi: *Quando primogenita est fæmina, ea namque à masculo secundogenito à Maioratus succesione excludenda erit.* y es limitacion de la regla comun, que dexa sentada, *lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 7. *& dict. lib.* 3. *cap.* 1. por la qual, el mayor en edad precede à los demàs: motivo, porque no saliò à el litigio Doña Elvira, quando Don Francisco, su hermano, pretendiò este Vinculo, mediante que como varon de la misma linea, y grado le avia de excluir.

150. El otro tiempo, en que hallandose primogenita, luego que muriò su hermano, que le precedia, *ex propria vocatione, etiam absque iuris alterius transmisione*, en aquel momento, que *sublato de medio præcedente successore*, se verificò su llamamiento, como si se huviesse cumplido la condicion; *non autem*

ex iure ab eodem sibi transmisso, se incluyò en la succesion haziendose cabeza de su linea, *lineam primogenitorum inter se, & illos, qui ab ipsa descenderint constituens*, D. Molin. *lib. 1. cap. 1. à num. 17.* y excluyendo las demàs lineas hasta que se acabasse la suya, que entonces, dexando la esperanza, y linea de primogenitura â Doña Juana, quedò hasta su muerte en la actual succession, y posseedora legal por ministerio de la ley: Matienzo *lib. 5. Recopil. tit. 7. glos. 5. leg. 8. num. 8. & in glos. 4. num. 2. Transit possessio in eum, qui verè vocatus est, licèt ipse ignoret esse vocatum, vel prædecessorem mortuum.* y Doña Juana con la esperanza cierta para succeder, *suo loco, & tempore*, D. Molin. *lib. 3. cap. 6. num. 29.* conque muerta su Madre, del mismo modo se verificò la succesion en ella, siguiendo la linea, que inchoò; por no deber hazer transito à otra, mientras restan, como en este caso algunos de ella: luego Doña Juana Josepha es oy la successora, en quien se defiriò el Vinculo, y la possession civilissima.

151. Dirà contra lo referido Doña Ana Maria, que cada vno de los hijos de Don Alonso hizo su propria linea, y que Don Pedro (su Padre) fue cabeza de la suya; y aunque naciendo no se incluyò, respecto de hallarse precedido de D. Francisco, su hermano mayor; se incluyò, respecto de Doña Elvira, y las demàs hembras, excluyendolas del lugar, que por su edad podian ocupar, por la misma razon, que Don Francisco; y tomandolo con preferencia à sus hermanas, y que como ella represente la persona de su Padre, del mismo modo las debe excluir de la succesion; y que si à Doña Juana Josepha no obsta aver muerto su Madre para incluirse en la succesion; porquè quieren, que por aver muerto su Padre, aya perdido el derecho de su llamamiento, y linea, que iniciò, y debe seguir ella?

152. Podrà esforzar su propuesta con todas las razones de la celeberrima question entre el Tio, y el sobrino, la qual, aunque tan dudosa por vna, y otra parte en nuestro Reyno, està determinada, y declarada por la ley 40. de Toro hodie, *ley 5. tit. 7. lib. 5. Recopil.* donde se previene, que el hijo, y sus descendientes legitimos representen la persona de sus Padres, aunque estos no ayan succedido en los Mayorazgos, y que se observe, aun en la succesion â los transversales: conque teniendo por esta regla las de la representacion, parece no ay duda, que como su Padre avia de excluir à su Tia, ella tenga el mismo beneficio.

153. Es evidente, que la ley quiso *se succeda por representacion de los descendientes en todos los casos, tiempos, lineas, y personas, en que los ascendientes ayan muerto antes de succeder en los tales mayorazgos; y aunque la muerte aya sido antes de la institucion de ellos*; pero es necessario tener presente el modo, y este lo dize la ley, *de manera, que siempre el hijo, y sus descendientes legitimos, por su orden representen la persona de sus Padres.* y este orden no es otro, que el de la linea, y demàs circunstancias prevenidas, de forma que esto se entienda de la linea del primogenito à el segundogenito, y de este â el tercero, no de alguna de estas contra la anterior; pues serìa querer, que lo obliquo obrasse contra lo recto, que es imposible en mayorazgo, ò Vinculo regular, claramente la dicha ley, cuya disposicion es en favor del hijo mayor, y su linea en las palabras *hijo, nieto, ò descendiente legitimo.* Contra las lineas, que se siguen, ibi: *Estos tales descendientes del hijo mayor por su orden prefieran al hijo segundo, &c.* Y por esto *si supersit neptis ex filio primogenito, præferri debet Patruo maiori, & verè propinquiori, &c.* Matienzo *in* 5. *Recop. tit.* 7. *leg.* 5. *gloss.* 1. *num.* 5.

154. Inquieren los AA. sobre esta ley, y especialmente D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 6. *à num.* 49. què qualidad del Padre es la que representa el hijo primogenito? porque no es el sexo, ni la edad, ni el grado; las dos primeras por impossibles, y repugnantes â la misma naturaleza, y la vltima por incompatible con la razon de succeder, y reglas de la misma succesion: assi lo refiere con mas extension, diciendo à nuestro intento, lo que servirà por principio à la solucion de la instancia contraria: *Quòd qualitas personæ Parentis, quæ ex dicta lege Tauri repræsentatur, est qualitas primogenituræ*, y para claridad pone exemplo en la nieta del hijo primogenito, que si subiesse por representacion â el grado de su Padre, y este tuviesse hermano segundo, la excluirìa como varon, hallandola en la misma linea: que esto no succede assi; luego es, porque la representacion, que haze, es la qualidad de primogenitura, *ex qua neptis in lineâ primogenitorum constituitur, & subrrogatur; quæ primogenitorum linea omnes alias excludit, atque omnes personas ex eis procedentes, sive masculi, sive fœminæ, sive eiusdem gradus, sive alterius sint.*

155. Es verdad, que en cada vno de los hijos de Don Alonso se puede contemplar vna nueva linea, que en èl tenga su principio, Robles *de repræsent. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 15. ibi:

Quarũ quælibet in cuiuslibet filij Personà initium acceperit, ita vt semper tot novæ lineæ pullulent, quot sunt filij cuiuscumque vltimi possessoris, & per consequens filius ex altero fratre de alia sit linea diversa; pero tambien lo es, según el mismo prosigue, que este *admitti nequeat, dum ex primo filio descendente supersint, & eius linea finita non sit*, y aunque esto basta, prosigue al *num.* 16. *nibilominus tamen respectu maioratus Fundatoris omnes ex primo vocato descendentes vnius sunt lineæ, etiam si inter se transversæ lineæ à primà dependentes considerentur*. Y siendo constante, que de tal suerte se debe contemplar la linea, que ni el grado anterior del q̃ no està en ella, no es considerable, ni el sexo, sino es en el grado, ni la edad, sino es en el sexo: Roxas *part.* 4. *cap.* 1. *num.* 72. se hallarà que por todos medios se halla la otra parte fuera de la succession; porque debiendose contemplar solamente la linea de D. Alonso; en ella se hallò su Tia, como se ha dicho mas proxima en grado, mayor en edad, y de igual sexo.

156. Bien podrà Doña Ana Maria del Castillo hallar en su Padre principio para su linea, y esta representacion; pero no le servirà contra su Tia de qualquier modo, que la intente figurar; pues de ninguno podrà excluirla, atenta la qualidad de primogenitura; pues como con mas claridad dixo el mismo Robles *lib.* 2. *cap.* 30. *num.* 27. *Aut secundò natus vult se includere in maioratu, & primò natum ab eo excludere, & non potest quia ratione temporis, & prioritatis locus occupatus est, &c. Aut vult se includere, & excludere tertiò genitum, & ab isto descendentes, & tunc constituens respectu suorum descendentium novam lineam excludit tertiò genitum, & omnes ab isto descendentes: Nam quàmvis inclusio ista contra primò natum, & eius descendentes operari nequeat; operatur tamen contra tertiò genitum, & ab eo descendentes; cùm quilibet descendens ex stipe illius, qui invitatus est, respectu suorum descendentium propriam constituat lineam, & qui de altera remotiori linea sit, admitti nequeat, donec supersit aliquis ex altera proximiori.*

157. No pudo obstar â Doña Elvira, ni causar exclusion perpetua la preferencia de Don Francisco, su hermano, para que se diga postergada con otro principio, que *semel exclusus, semper exclusus censeri debet*: porque aunque sea assi en otros casos, no en este, donde no es propriamẽte exclusion, sino preciso orden de los llamamientos, que pudo durar, mientras huvo varon; D. Vela *dissertat.* 49. â *num.* 46. ibi: *Tertiò prænovisse iuvabit, maioratum regularem fœminas in linea, & gradu vocatorum sem-*

semper ad successionem admittere, saltèm post masculos eiusdem gradus, ac lineæ, qui, dum extant, etsi natu minores, illis omnino præferuntur, ob masculini sexus excellentiam, maioremque aptitudinem ad sustinenda publica, & privata maioratus onera, & conservandum nomen, ac memoriam Institutoris, iuxta superiùs tradita num. 7. Quòd si nulli extent masculi in eodem gradu; fœmina in eo reperta, vt primogenita succedit, quæ alioquin illis extantibus excluderetur. Pues faltando en la linea varon, se verificò la succesion de Doña Elvira, que no perdiò la esperanza en habito, por primogenita, despues de la natividad de Don Francisco, que aunque la dexò reducida *ad instar secundi gradus*, quedando por la vida de Don Francisco suspensa; la siguiò en aquel estado con proporcion à los casos del futuro evento, como si moria D. Francisco, renunciaba, ò por otra razon se hazia incapaz de la succesion, reintegrarse à su propio lugar por ser principio elemental: *Quòd res specialis ipsò iure revertatur ad ius suum vniversale, à quo discessit, si finiatur causa, per quam separata fuit ab eo*; y en terminos de nuestra especie Roxas *de incompatibilit. part. 3. cap. 4. à num. 50. & 53.* ibi: *Idem, quod de filia vltimi possessoris, dicendum est de sorore; quia est proximior vltimo possessori, & quia licèt non sit in linea effectiva, est saltèm in linea contentiva, & de linea fratris; & quia in iudicio possessorio pari passu ambulant filia vltimi possessoris, & eius soror.* y prosigue à otras razones hasta el *num.* 57. en que à nuestro intento, ibi: *Et quando exclusio fœminarum non est perpetua, seu correspectiva, tunc quòd reintegrari debeat ad lineam non destitutam, sed tantummodo suspensam, probant etiam, qui contrarium allegant adversarij, &c.* Llamandole suspension temporal, sueño, y que entonces retrocede à su estipite, no destituìdo, sino *temporaliter intermissum, & vigentem in sua radice*, y que mas propriamente se puede llamar *impedimenti, aut obstaculi amotio, quàm extensio successionis*, con los numeros siguientes, &c.

158. Si este mayorazgo fuesse irregular, y Doña Ana Maria varon, podria fundar la precedencia à su Tia, pero de hembra â hembra, poco podria arguìr aun en el referido supuesto; porque si dezia, que por la representacion à su Padre conservaba la agnacion *caput, & finis familiæ fœmina*; lo mismo podia replicar Doña Elvira por la representacion à el suyo, que lo fue Don Alonso, cuyos descendientes tienen expresso llamamiento, y ella fue el primero, asistida de los demàs requisitos del Derecho: discretamente dize â nuestro in-

ten-

tento D. Regens Carolus Tapiæ *in addit. ad* D. Franciscum Alvares *de succession. ad num.* 48. *lit.* ℞. *num.* 47. ibi: *Nulla enim diversitatis ratio considerari potest in fœmina descendente ex masculo, quàm in fœmina descendente ex fœmina, quæ propria sit, nam si exclusio causatur propter sexum, nulla ratio prævalet, vt fœmina ex masculo admittatur, & excludatur fœmina descendens ex fœmina, &c.*

159. Bolvamos â el señor Molin. vbi supr. *cap.* 2. *lib.* 3. *num.* 4. & 37. donde examinando el punto de la exclusion de las hembras, si sea favorable, ù odioso, contempla tres, casos correspondientes â los pleytos, que pueden ofrecerse sobre este punto, resolviendo los dos en favor de las hembras, y el vno solo de los varones, dando por regla, que la exclusion de estas, respecto de los varones de la misma linea, y grado, es favorable; pero respecto de los demàs remotos, odiosa, ibi: *Meritò masculo, & fœmina eiusdem gradus, ac lineæ concurrentibus, masculus in ea successione præferendus erit: etiamsi fœmina maior natu sit:* Conque siendo este Vinculo regular, y aviendo muerto Don Pedro, que no pudo reducir à Doña Elvira *ad instar secundi gradus*, quedò primogenita como *maior natu*, y como tal se le defiriò la succession, y con ella la civilissima possession.

160. Ni contra lo dicho puede obstar Aguila *in add. ad* Rox 1. *part. cap.* 6. *à n.* 213. en el caso, q̃ figura à los 214. y 216. en que dize: *Primogeniti lineam constituit primò natus, secundam alter filius minor, tertiam filia maior, quartam soror minor*, y añadiendo esta razon: *fœminæ enim, & suas lineas constituunt post masculos*, prosigue derivando la linea de primogenitura del varon, que no succediò por el beneficio de la representacion, solo, porque pudo succeder, ibi: *Etiamsi sola spes, solaque adsit in persona repræsentata potentia; nec vt repræsentetur, necesse esse, habuisse, dum viveret, ius proximum certum, & radicatum,* & infrà *sequitur enim esse in successione maioratus præferendum, qui ab eo descendit, qui, si viveret, præferendus esset, licèt ius succedendi numquàm habuerit.* concluyendo al *num.* 230. *masculum primam lineam successionis constituere*, y con el lugar de Robles, *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 7. *Adeò vt, licèt primus substitutus vocatus verè, & realiter in maioratu non successerit; quia antea decesserit, vocationem expressam habuisse sufficit, vt virtute potentiæ, & facultatis in maioratu aliquo tempore succedendi, si superesset eius linea initium acceperit, & vt omnes eius descendentes virtualiter comprehensi sint.*

161. De lo qual podrà arguir, que su Padre Don Pedro

cons-

conſtituyò linea con antelacion â la de ſu Tia Doña Elvira; y que ſi la repreſentacion la pone en ſu lugar, como ſi eſtuvieſſe vivo, interim que dura eſta linea, no puede entrar la de ſu prima, porque el beneficio de la repreſentacion es mas facil, que el de la tranſmiſsion: pues *in eo tranſmiſsio â repræsẽtatione differt; quòd illa tranſmittentis, hæc verò repræſentãtis perſonam reſpicit, tranſmittit, qui in proximiore, repræſentat, qui in remotiore gradu eſt. Ideòque faciliùs tranſmiſsio, quàm repræſentatio impeditur.* Rob. *lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 7. haſta aqui podràn llegar los mayores esfuerzos de la opoſicion contraria; pues conſtituyendo linea anterior en ſu Padre â la de ſu hermana, tiene la habitual baſtante para la ſuccesſion.

162. No à caſo, quando ſe tocò la diviſion de la linea en natural, ò de qualidad, ſe dixo, que la primera pertenece â los Vinculos regulares, y la ſegunda à los irregulares; porque de vnos à otros es grande la diferencia en conſtituirſe la linea: eſta no empieza de la hembra, quando el Mayorazgo es de agnacion, ò tiene otras qualidades, q̃ pidiò el Fundador, por las quales ſe contempla: de que Rox. *part.* 1. *cap.* 6. §. 20. & 21. y en el 22. de la linea *nudæ, & ſimplicis maſculinitatis,* que en eſte caſo ſe paſſa de vnas lineas à otras, buſcando la qualidad; lo que ſe vè con claridad de la queſtion, que excita *num.* 320. *ſuper linea nudæ maſculinitatis,* ibi: *Si concurrant ad Maioratus ſucceſsionem maſculus ex fœmina proximior vltimo poſſeſſori, & melioris lineæ, & maſculus ex maſculo, remotioris, & inferioris; quis eorum præferri, & admitti debeat?* Para cuya reſolucion recurre, â que *ſi in Maioratus inſtitutione fuit expreſsè habita ratio agnationis, præfertur maſculus ex maſculo*, y que en eſte caſo, *ſi concurrunt maſculus ex fœmina, & fœmina ex maſculo, præfertur maſculus; at ſi concurrat fœmina ex maſculo, & fœmina ex fœmina, præfertur fœmina maſculo*: aſsi â el *num.* 323. citando à Mieres *part.* 2. *gloſ.* 6. *num.* 76. & D. Ioan. â Caſtillo *lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 156. pero que quando no ſe contemplò la agnacion, que es el otro miembro de la diſtincion, *ſin autem non fuit clarè, ac explicitè, ſeu evidentiſsimè contemplata agnatio, admitti debet maſculus ex fœmina,* dando por razon, *quia ſucceſsio ei defertur, ſuo loco, & gradu, ac ſi Maioratus regularis eſſet.* luego ſe vè la diſtincion, que ay de lo regular â lo irregular, y que haze cabeza de linea la hembra.

163. De aqui ſe podrâ entender, que ſiendo Aguila Adicionador de Roxas, y ſiguiendo en todo ſu opinion, ſiendo

regular en el Mayorazgo de simple masculinidad, que deba succeder *omnis masculus tam agnatus, quàm cognatus, ademptis de medio omnibus fœminis*, como tiene el Roxas *n.* 324. *vers. Tamen, &c.* explicando Aguila el mismo capitulo, figurase la linea de la hembra mayor despues de todos los varones; porque de otro modo sería contrario à el §. 23. del mismo Roxas, donde hablando de la succesion en la clausula; succedan por la linea masculina: al *num.* 340. repite la misma distincion de regular, ò irregular, y al 350. y siguientes subdivide la linea femenina en dos especies: vna *attento principio; veluti si incipiat à fœmina*; otra, *quæ componitur solùm ex fœminis.*

164. Son distintos el derecho de la primogenitura; del mismo Vinculo, ù Mayorazgo; porque el primero consiste *in expectatione succedendi in Maioratu, quem eius Parens possidet*, y este se debe à el orden del nacimiẽto, *filio, qui primus est in ordine nascendi*, aunque despues no aya otro hermano: el segundo *in illo iam quæsito, aut delato*; por esto la cessión de vno es distinta de la cessión del otro, D. Olea *de cessione, tit.* 3. *quæst.* 3. y por esto el primero, que nació, immediatamente fue primogenito, aunque fuesse hembra, como hemos sentado, sin embargo, que su esperanza no fuesse incommutable.

165. Aunque la exclusion de las hembras, por el varon del mismo grado se deba entender favorable, y como tal contemplarse en Derecho para la extension, ò restriccion en contra de vnas, ò en favor de otros; no es porque decretò esta exclusion en odio de las hembras, sino en favor de los varones, Noguerol de doctrina de Bald. D. Molin. Fusar. Fontanel. D. Castill. y por esto *filiorum appellatione in favorabilibus continentur filiæ fœminæ*, que assi entendiò la ley 40. de Toro, en aquellas palabras: si el tal hijo mayor dexàre hijo, &c. *quæ videntur masculum tantùm significare.* Gutierr. *lib.* 2. *pract. quæst.* 80. *num.* 3. *Nam appellatione filiorum continentur filiæ fœminæ; quia in favorabilibus masculinum comprehendit fœmininum.* Et infrà: *Præcipuè cùm hæc lex non exprimat masculum, neque qualitatem masculinitatis requirat, ad hoc vt fœminam intelligamus voluisse excludere: quare cùm hoc non expresserit, noluit eam excludere.*

166. De aqui es, que siempre que la hembra, por el nacimiento del varon de la misma linea, se reduxo *ad instar secundi gradus* por su muerte, como se ha dicho, se acaba la suspension de su esperanza, prosiguiendo el habito, que empe-

zò

zò desde su natividad, porque *si nihil tam naturale est, quàm quòd vnumquodque dissolvatur eodem modo, quo coligatũ est*: si en la hebra por el nacimiento del varon de sũ misma linea, se suspendiò la esperanza, por la muerte cessarà la suspension; y asi entiendo todos los Autores, que dizen; que faltando los varones, falta la razon de la exclusion, y se admiten. Dificulto aora vna nueva question, para mi; porque aunque la he buscado con la mayor diligencia en los AA. Reynicolas, no la he hallado, y es en los terminos de la ley 40. de Toro.

167. Si el Posseedor del mayorazgo tuviesse dos hijos, el mayor hembra, y el segundo genito varon, si este se cassasse, y tuviesse vn hijo, y muriesse en vida de su Padre, tenedor del Vinculo, y este fuesse regular, y despues muriesse el Abuelo, y la hija pretẽdiesse la succesiõ con el sobrino, nieto del Posseedor; por qual se deberà determinar, por la hija mayor, ò por el hijo del segundo genito? No es tiempo de gastar el que resta, para dar fin â nuestra obra, con digressiones; la otra parte sin duda ha de responder â favor del varon, por la senda regular de la representacion, con todas las razones ponderadas en la instancia: Este caso lo hemos figurado para mayor claridad de la solucion, conque precisamente consiguientes debemos resolver en favor de la hija, tocando las razones mas succintas, que puedan manifestar los motivos de Justicia, que tenemos para pensarlo asi.

168. Y omitiendo la question de si es lo mismo primogenita, que *maior natu*, por tener vna misma significacion solo con la diferencia de los tiempos de concepcion, ò natividad, serà lo primero, que la ley 40. de Toro se hizo, como notò Rox. *part. 8. cap. 7. num.* 20. *Ad eliminandam illam tam arduam olim quæstionem inter Patruum, & nepotem: vt non à iuris peritis remitteretur decidenda, sed ad arma, & vim partes devenirent: Nam cùm ex iurium, & rationum maxima ambiguitate decidi clarè non posset, militibus armatis potiùs quàm iuris peritis eius decisio commissa fuit*. Esta la toca ad partes Tiraq. *de primogenijs, quæst.* 40. en esta forma: *Vter præferendus sit nepos ex primogenito, an Patruus? Et quid si primogenitus superstes fuerit Patri?* En que es de reparar, como dexamos notado supr. à *n.* 153. que asi la question, como la decision de la ley es en favor del nieto de la primera linea contra la segunda, y su descendencia; conque querer arguìr, ê converso de la segunda linea contra la primera con la representa-

cion,

cion, es philosofar de la disposicion de la ley contra ella misma.

169. Algunos quisieron, que esta ley se estendiesse por la misma razon, y entendiesse del nieto *possessoris ex filio secundogenito mortuo in vita Avi*, respecto del Tio *tertiogenito*, Matien. *in leg.* 5. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. gloss.* 1. *num.* 7. ibi: *Qui enim Patruo tertiogenito præfertur in maioratus succesione; etiam si filius secundogenitus decesserit ante mortem primogeniti, qui tamen vivo Patre sine liberis decesit.* pero ninguno la ha entendido *vice versa.*

170. Si se atiende à la doctrina de Gutierr. baxo de la voz hijo, de q̃ vsò la ley, son comprehendidas las hijas: luego del mismo modo la disposicion debe comprehender el caso propuesto, para que como favorable, aunque fuesse dudoso, se determine à favor de la hija; compruebase de la doctrina del Sr. Molin. q̃ queda sentada, de que la exclusion de las hembras por los varones mas remotos, en duda se debe determinar â favor de aquellas, y en contra de estos: luego en Mayorazgo regular, donde el varon mas remoto no excluye à la hembra, no parece resta dificultad para tener por sentada esta opinion.

171. Corroborase mas de la ley 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* en cuya especie *Patruus secundogenitus præfertur nepoti*, con la conciliacion, que haze Rox. de esta â la 40. de Toro, vbi suprà *num.* 21. y 22. Luego no siempre se debe observar la representacion; y aunque por esto no nos oponemos â que en los Mayorazgos regulares se tenga respecto â ella, por mandarlo la ley, deberà entenderse por el orden, que la prefiniò assi en los descendientes, como en los transversales, pero siempre de la linea, que antecede, contra la que sigue; no â el contrario, por ser favorable â los de la linea anterior, y contraria â la posterior.

172. Vltimamente, este caso, ò se comprehendiò en la ley, ò en ello ay duda, ò lo pretermitiò? Si lo primero, se debe tener lo referido; si lo segundo, segun D. Molin. se debe determinar à favor de la hembra; y si lo tercero, y vltimo recurrir à la disposicion del Derecho comun, Cyriac. *cõtrov.* 174. *n.* 10. & 11. por el qual segun el successorio edicto (à q̃ todos los AA. comparan la forma de succeder en los Vinculos) *fœminis iure agnationis, nisi sorores essent, succesio non deferebatur.* Pich. §. *Cæterum.* 2. *num.* 9. y aunque las demâs hembras generalmen-

te

te no se admitian por este titulo, despues se limitò *in sororis filijs, qui ex capite cognatorum, ad agnatorum caput translati, cum eis admittebantur: idem in* §. 3. *Inst. de leg. agn. succes.* lo que corrigiò el Derecho de las Autenticas, y vltimamente la ley 8. Tauri, que es 5. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* por la qual assi los hermanos, como los hijos de hermanos *simul admittuntur in stirpes tantùm; non in capita*: porque vno, ò mas, q̃ sean, no pueden pretender mas, que lo que avia de tocar à su Padre; ni aver menos, que estos el Tio; no excluyen por la representacion à el Tio, ò Tia, quando concurren à la succession dividua de otro Tio, ò Tia: luego en la individua no deben excluìrla, porque llamese ficcion, ò beneficio de la ley la representacion; esta no puede obrar mas que la verdad, ni ser el beneficio en perjuyzio del Derecho, â que se intentò assimilar.

173. Son à favor de nuestra propuesta todas las razones, que trae Pich. *lib.* 3. *tit.* 1. *Inst. de hæred. quæ ab intest. deferunt.* vbi *agit de repræsentatione, in Hispanorum primogenijs, & de interpretatione, leg.* 40. Tauri, *&c. â num.* 1. *vsque ad* 46. las que sin rezelo de contravenir à esta ley militan por nuestra especie, por lo que queda dicho.

174. Esto supuesto se haze mas facil de responder la instancia; si se advierte; que en esta hypothesi los litigantes eran ambos, como en el caso figurado por Aguila, de la linea efectiva del Posseedor; lo que no succede en nuestro pleyto, porque Don Alonso del Castillo, que haze principio â la linea efectiva de ambas partes, no fue posseedor, que es otro requisito de la ley, ibi: *Aunque el hijo mayor muera en vida del Tenedor del Mayorazgo*; y como para pulular linea, el que fue llamado en compendio, sea necessario, que aya sido Posseedor del Vinculo; esta la formò entre los llamados solo Don Francisco, â quien debe succeder su hermana, como mas proxima.

175. Ni bastarà dezir, que la ley no quiso precisamente que el estipite comun huviesse sido Posseedor en las palabras, *aunque sus Padres no ayan succedido en los dichos Mayorazgos*, y en su extension la Pragmatica de Madrid, ibi: *Aunque la muerte aya sido antes de la institucion de ellos*, cõ las otras, *y se succeda por representacion de los descendientes en todos los casos, tiempos, lineas, y personas, en que los ascendientes ayan muerto antes de succeder, &c.* Con lo que sobre ella Rob. *lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 12. porque las palabras de la ley la disponen en el hijo, que aunque no succediò, fue

Pos-

Posseedor su Padre, Abuelo del nieto, en quien se declarò la succesion; y las de la Pragmatica, quando el partido fue igual à todos los de la linea efectiva, y quando, aunque ninguno fue Posseedor, por no estàr fundado el Mayorazgo, no estabà ocupada la possesion; ò si lo estuvo: por esto se remite con distincion à los casos, tiempos, lineas, y personas: y como en el de nuestro pleyto no fue Posseedor el estipite de la linea comun; antes bien estaba ocupada la succesion, por otro de linea anterior, *tum casus*, no se podia contemplar en Don Pedro la potencia *succedendi*, que dà Rob. en el lugar citado; por ser solo *ius in spe*, de futuro remoto, con lo que èl mismo tuvo, *lib.* 3. *cap.* 7. porque Don Pedro, aunque tuvo llamamiento con proporcion à la succesion, en ningun tiempo pudo succeder, ni tener esperanza.

176. La linea habitual de los primogenitos se deriva de *primogenito in primogenitum vsque in infinitum*, Rob. *lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 11. *y* 41. y por esto en el caso figurado por Aguila se constituyeron las lineas en los hijos premuertos; porque cada vno estuvo en la linea efectiva del Padre Posseedor, y lo mismo los nietos; y si quiso, que estos, porque *eorum ascendens actualis Maioratus fuerit Possessor*, tuviessen *ius succedendi*, y que entre ellos *natum ex priori linea, sive masculum, sive fœminam præferendam, num.* 217. y à el 225. que *nihil infert fœmina, an masculus sit; dum in linea existat.* sacando esta consequencia al *num.* 223. *Ergo, qui invenitur in hac linea, sive is masculus, vel fœmina, præferri debet: non enim debet haberi ratio sexus, dum lineæ qualitas præcedit.* porquè ha de querer la otra parte, que en la linea de Don Alonso, expressamente llamado, aya de aver esta diferencia entre ella, y su Tia primogenita, negandole por ella la deferencia del Vinculo contra todo lo dispuesto por Derecho, y reglas de la successiõ, sin aver sido Posseedor su Padre, ni descẽdiẽte de Posseedor.

177. Todo lo comprehendieron en su tratado de *succesșione* D. D. Regentes Tapia & Rivera; pues teniendo que *primogeniti linea non simpliciter, sed cum pluribus qualitatibus à scribẽtibus inventa est.* afirman, no se deriva del hijo, q̃ no adquiriò en vida del Padre *illud ius primogenituræ certũ, & invariabile*, y q̃ *spes remota illius, quem plures in iure primogenituræ præcedebãt, non potest transmitti, nec repræsentari.* pues siendo esta esperanza *solùm potentia succedendi; hæc nec potest transmitti, nec repræsentari.* y q̃ si esto pudiesse ser, estarìa en todos los llamados, y todos serìan primogeni-

tos

tos en cõfuso, sin poderse observar regla fixa; y q̃ aunque la primogenitura es Derecho personal, *quod à persona non separatur; ius tamen primogenituræ transmittitur*, y que no passa à los colaterales *nisi tollẽdo se de medio, vel morte ipsius*, y asi D. Tapia dize del: *sepultũ durante fratre primogenito, & quod revivisit per mortem ipsius, vel quando se tollit de medio.* sepultado estaba con su Padre este Derecho, quando lo tuvo por la succesion Don Francisco del Castillo, y à el tiempo, que avia de suscitarse; ò revivir estaba muerto aquel, en quien se avia de verificar: luego en ningun tiempo fue, ni pudo ser Posseedor Don Pedro.

178. Prosiguen, que el hermano no transmite à el hermano; que el primogenito propriamente, es el que se halla primero à el tiempo de deferirse la possesion, y mas cercano, admirablemente Pich. vbi supr. *num.* 32. ibi: *Secùs autem erit in succesione transversali, si enim primogenitus, postquàm succesit, moriatur sine liberis, non admittetur nepos ex fratre secundo præmortuo, sed frater tertius iure proximitatis; quoniam frater secundus moriens in vita primogeniti non potuit in liberos transmittere ius primogenituræ, quod non habebat, cùm respectu fratris maioris primogenitus non dicatur, cùm primogenitura dicatur rectè, & propriè de genitore ad genitum, non verò de fratre ad fratrẽ, idque ex eo, quia mortuo Patre stipite cõmuni, familiæ dividuntur, d. §. Communi, atque ideò cùm cesset in proposito ius repræsentationis, sustitutionis, & transmisionis; deducitur necessario nepotem ex fratre secundo præmortuo, non esse admittendum; sed fratrem tertium iure proximitatis, qui admitti debet, cùm proximior sit secundùm veritatem, exclusso eo, qui habet ius proximitatis, secundùm fictionem; quia magis attendi debet veritas, quàm fictio.*

179. De lo dicho se infiere, que, ò ninguno de los hijos de Don Alonso tuvo esta esperanza, ô potencia proxima de succeder; ò estuvo en Doña Elvira por la supervivencia à el vltimo Posseedor, de quien pasò la succesion à ella, como mas proxima sin obstaculo por representacion â su Padre Don Alonso estipite comun, y contra que no podia obrar otra sin qualidad; nam: *masculinitas Parentis non potest in filia repræsentari.* asi D. Molin. vbi supr. Rob. *lib.* 1. *cap.* 12. *à num.* 21. y de esta opinion D. Regens Alvares, vbi supr. *part.* 3. *art.* 4. *n.* 119. que *est communis opinio, nec habet contradicentem*; porque quando no tuvo el hijo la qualidad del Padre, *non idem de ipso, quod de Parente iudicatur.* de esto plenisimamente los Escritores por nuestro Potentisimo Philipo II. contra la representa-

cion,

cion, en que fundaban los de Portugal el Derecho de la Serenissima Duqnesa de Berganza, por su Padre, que refiere el Ilustrissimo Caramuel en su Phelipe el prudente, *lib.* 5. *pag.* 177. con lo que vltimamente con titulo de *Portugal convencida* Don Nicolàs Fernandez de Castro, contra Velasco y Sousa; cuyo caso refiere D. Castillo, *lib.* 3. *controversiarum, cap.* 19. *num.* 152. ibi: *Vnde Rex noster Philippus à fœmina ætate maiori descendens exclusit Catherinam, quæ licèt â masculo descenderet, non tamen repræsentabat masculinitatem Eduardi Patris eius, sed potiùs à masculo* MAJORI EX FŒMINA DESCENDENTI EXCLVDEBATVR, *&c.* Y que las doctrinas de los Reynos convengan con la succession de los Mayorazgos *relati* â D. Castejon *in suo alph. Verb. Maioratus, num.* 1. *vers. Et an â Regno.* y se vè, que este caso se defendiò por las Reglas de los Mayorazgos, sin embargo de la representacion; y aviendose consultado con el Real, y Supremo Cõsejo, y demàs Tribunales, Ministros de grado, y Vniversidades de estos Reynos, por el mismo motivo aprobaron la Justicia de su Magestad: de hembra mayor fue el Derecho; constituyò, y empezò la linea, de donde tocò â su Magestad contra la representacion de el varon premuerto, que intentaba hazer presente otra hembra de la segunda linea.

180. Por la misma causa lo pretende Doña Juana Josepha de Aranda y Castillo, y lo espera su Justicia, de la que sobre toda ponderacion administra tan Magnifico, y Regio Senado, que nuestro Señor prospère como puede, y le pide: Sevilla, y Marzo 2. del año de 1726.

D. Diego Juan de Lugo Arrieta y Arcaya.

Non enim possumus aliquid adversùs veritatem: Sed prò veritate; Apost. 1. ad Cor. cap. 13. vers. 8.